

TRAITÉ

DES

HYPOTHÈQUES.

PELCOT ET BOISSAUX,
Boulevard Botanique, n° 18.

TRAITÉ

DES

HYPOTHÈQUES

PAR

LE BARON GRENIER,

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR ROYALE DE RIOM.

Tome Premier.

QUATRIÈME ÉDITION.





BRUXELLES.

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE DE H. TARLIER,

ÉDITEUR DES ÉDITIONS BELGES DE MERLIN, DALLOZ, DURANTON, TOULLIER, DUPIN, SIREY, GRENIER, ROGRON,
PAILLIET, POTHIER, LEGRAVEREND,
DE LA COLLECTION COMPLÈTE DES LOIS, DU BULLETIN DE CASSATION, ETC.

DISCOURS PRÉLIMINAIRE.

Dans ce discours, je me propose de présenter des idées générales sur les législations anciennes, relatives aux hypothèques. J'offrirai, sur la législation actuelle, des réflexions particulières, propres à en faire connaître l'ensemble, et à mettre en état d'apprécier les critiques qui en ont été faites. J'indiquerai quelques imperfections sur lesquelles j'appelle spécialement l'attention du législateur, qui pourrait y remédier, sans attaquer les bases fondamentales de la loi.

Avant de le commencer, qu'il me soit permis de faire observer qu'il n'y eut jamais de matière à la fois plus ingrate et plus importante que celle des hypothèques. J'ajouterai qu'un traité sur cette partie de notre législation, devait être un ouvrage de doctrine, et en même temps un ouvrage de jurisprudence; aussi j'ai dû attendre le secours des lumières qui sortiraient des tribunaux, et surtout de la Cour de cassation. Car c'est seulement depuis trois ou quatre ans qu'on a vu s'élever les questions les plus ardues sur ce sujet, et cependant il s'en faut bien que les espèces soient épuisées. Ces motifs, joints aux fonctions publiques que j'ai l'honneur de remplir, m'ont empêché de publier plus tôt mon travail, qui a été entrepris en 1819.

Dans les temps les plus reculés, on était heureusement dispensé de s'occuper d'une législation dont l'objet fût d'assurer l'exécution des engagemens. Lorsque les mœurs étaient pures, les lois étaient inutiles, ou au moins elles avaient le caractère de la plus grande simplicité : leur but était plutôt de conserver le souvenir de l'existence des promesses, que d'établir des moyens coërcitifs pour les faire remplir.

Mais la cupidité prenant un essor proportionné à celui de la civilisation, les transactions pécuniaires se multipliant à l'infini, il fallut venir à une mesure propre à assurer la stabilité des contrats. Cette mesure fut naturellement l'impignoration des objets mobiliers, puis celle des immeubles, qui offrait une base plus solide; en sorte que la confiance se mesura sur l'étendue de la propriété qui garantissait la créance.

Cependant cette garantie pouvait devenir illusoire, si déjà l'emprunteur eût établi des hypothèques sur ses immeubles, et s'il eût voulu en donner de nouvelles, les premières demeurant ignorées. Les hypothèques occultes ne purent donc présenter un moyen contre les fraudes. On ne put voir ce moyen que dans la publicité des hypothèques. On trouve l'exemple de cette publicité dans la législation des Grecs. Et ce qui prouve encore de la bonne foi, ce qui fait apercevoir une horreur pour le mensonge et la perfidie, c'est la facilité avec laquelle on se soumit, pendant des siècles, à cette publicité, quoique les formes en fussent infiniment gênantes.

Les Romains, qui durent beaucoup aux Grecs, non seulement sous le rapport des sciences et des arts, mais encore sous celui de la législation, adoptèrent le même système de publicité. Mais la sévérité de ses formes fit naître le violent désir de les secouer. Telle fut surtout la tendance de ceux qui attachent beaucoup de prix à l'opinion, et dont une des principales jouissances consiste dans l'apparence d'un grand crédit. De là vint, dans la suite, l'hypothèque occulte qu'on voit dans le droit romain, et qui a été transmise en France.

Les peuples belges qui, les premiers, par leur sagesse et par leur industrie, s'ouvrirent un commerce qui étonna le reste de l'Europe, sentirent la nécessité d'établir un crédit public, tel qu'il doit l'être, par la sûreté et la stabilité des engagemens. Ils y parvinrent en donnant aux hypothèques une publicité qui fut réglée par des formes assorties aux mœurs du temps.

En France, le premier homme d'état, sur la fin du seizième siècle, et, dans le dix-septième, celui qui sentit combien le commerce, l'industrie et les finances devaient, pour prospérer, se lier à une bonne législation civile, réclamèrent avec force le système de la publicité des hypothèques. Mais leurs efforts échouèrent contre les menées de ceux qui avaient intérêt à conserver un grand crédit, même en faisant des opérations ruineuses dont leurs créanciers risquaient de devenir victimes, et qui l'étaient en effet très souvent.

Mais lorsqu'on vit, à la fin du dix-huitième siècle, et au commencement du dix-neuvième, s'élever une législation générale et uniforme, la publicité des hypothèques fut réclamée de nouveau, et elle sortit triomphante de la lutte des opinions.

Il était naturel qu'elle conservât des partisans, et qu'elle eût toujours des antagonistes, soit parce qu'elle était nouvelle, soit parce que la législation qui l'a organisée n'a pu être comprise qu'avec le temps, soit enfin parce qu'elle a attaqué des goûts et des intérêts particuliers qui étaient en opposion avec l'intérêt général. C'est aussi ce qui est arrivé. Les critiques qu'a éprouvées le régime hypothécaire se sont bien affaiblies, à mesure qu'il a été plus connu. Cependant les préventions ne sont pas encore détruites, et il est important qu'on puisse les juger.

Pour procéder avec ordre, je diviserai ce que j'aurai à dire en six paragraphes.

J'examinerai, 1° si l'on doit conserver, ou non, la publicité de l'hypothèque. Ici vient la nécessité de donner une idée générale et rapide des législations sur les hypothèques, jusqu'à la loi de brumaire.

2° S'il est vrai que les modifications établies par le Code civil sur la publicité de l'hypothèque, en introduisant des hypothèques affranchies d'inscription, telles que certaines hypothèques légales, peuvent être considérées comme des exceptions qui détruisent le principe même de la loi, et qui en renversent l'économie.

3° Si la spécialité, telle qu'elle est organisée, présente de graves inconvéniens, surtout d'après la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation.

4° Si on est fondé à critiquer la nécessité de payer toutes les dettes exigibles ou non exigibles, imposée par l'art. 2184 du Code civil à tout acquéreur qui veut purger, au lieu de le faire participer aux termes accordés au débiteur, ainsi que le voulait l'art. 30 de la loi de brumaire.

Tels sont les points principaux sur lesquels les critiques ont été dirigées jusqu'à présent contre les dispositions du Code civil.

5° Je ferai quelques observations sur l'esprit dans lequel les questions doivent être décidées sur cette matière, en cas de doute.

6° Je présenterai les imperfections qui frappent le plus dans la loi nouvelle. J'ai cru qu'il était utile de les soumettre à l'attention et à la sagesse du législateur, qui pourrait les faire disparaître, dans le cas où la loi serait revisée.

§ 1er. *Doit-on conserver, ou non, la publicité de l'hypothèque? Idées générales sur les législations anciennes relatives aux hypothèques.*

Il existe, même en ce moment, une plus forte dissidence d'opinions, que plusieurs personnes ne le croient, sur la question de savoir si la publicité de l'hypothèque est, ou non, utile. Je suis convaincu que cette dissidence se manifesterait, si jamais on revisait la loi. Telle est le motif de l'étendue que je crois devoir donner à ce paragraphe.

On peut dire avec confiance que, sans la publicité de l'hypothèque, il ne peut y avoir un régime hypothécaire proprement dit, c'est-à-dire, une action de la loi, qui procure à celui qui prête, le droit de compter sur la rentrée de ses fonds.

Pour établir cette opinion, je remonterai, sans m'y arrêter trop long-temps, aux législations anciennes. J'invoquerai le vœu des hommes d'état, dont les talens ont le plus honoré la France, et celui des anciens jurisconsultes. Je démontrerai surtout que c'est parce que les Romains abandonnèrent la publicité de l'hypothèque, qui faisait, en cette partie, la base de leur droit primitif, et parce que l'hypothèque occulte, qu'ils admirèrent dès lors, fut presque généralement reçue en France, qu'on y a vu s'introduire la législation la plus vicieuse, source d'une multitude de procès, et par conséquent de désordres. On ne pouvait y remédier que par une législation hypothécaire, sagement combinée, qui eût pour base cette publicité. Je me fonderai encore sur l'influence de nos mœurs et de nos habitudes actuelles.

Chez les Grecs, la publicité de l'hypothèque fut le fondement de la législation sur cette matière. Les hypothèques étaient annoncées par des signes apparens posés sur les héritages. Ces signes étaient en usage du temps de Solon. On en trouve la preuve dans la vie de ce législateur, écrite par Plutarque. On y voit que Solon se glorifiait d'avoir ôté les signes d'hypothèque qui étaient plantés sur les terres; ce qui voulait dire qu'il avait mis le peuple à portée d'éteindre les dettes dont il était obéré. Cette mesure était entrée dans la politique de Solon, qui, par cette conduite, et par le haussement de la monnaie, s'attira de violens reproches.

Il ne faut pas prendre ce passage de Plutarque dans le sens que l'usage des signes ait été dès lors aboli. On ne doit y voir qu'un lan-

gage figuré pour expliquer l'influence momentanée d'une mesure particulière prise par le législateur grec. En effet, ce même usage était en pleine vigueur du temps de Démosthènes, qui a vécu environ deux cent cinquante ans après Solon. C'est ce que l'on voit dans deux de ses discours, dont l'un est contre *Phenippus*, et l'autre contre *Spudias*.

Nous en trouvons une seconde preuve dans l'ouvrage du savant abbé Barthélemy, qui a l'art de cacher la plus profonde érudition sous la plus élégante simplicité. Voici ce qu'il fait dire à son voyageur :

« J'avais souvent passé des saisons entières dans différentes maisons de campagne ; j'avais souvent traversé l'Attique : je rassemble ici les singularités qui m'ont frappé dans mes courses.

« Les champs se trouvent séparés les uns des autres par des haies ou par des murailles. C'est une sage institution que de désigner, comme on fait, ceux qui sont hypothéqués, par de petites colonnes chargées d'une inscription qui rappelle les obligations contractées avec un premier créancier. De pareilles colonnes, placées devant les maisons, montrent à tout le monde qu'elles sont engagées, *et le préteur n'a point à craindre que les créances obscures fassent tort à la sienne* [1]. »

On doit néanmoins remarquer qu'il y avait chez les Grecs un autre moyen non moins efficace que les signes, pour constituer une hypothèque avec sûreté ; c'était d'engager, de la part du débiteur, le fonds qui devait faire la sûreté de la créance, entre les mains du créancier qui s'en mettait en possession jusqu'au paiement [2].

En se décidant d'après des mesures aussi sévères, on peut juger aisément que la législation des Grecs sur les hypothèques était infiniment simple, et par conséquent aussi bonne qu'il était possible.

Nos mœurs ne s'accommoderaient certainement pas de pareilles mesures ; mais ces mesures ont été remplacées, dans nos usages, par des moyens beaucoup plus doux, avec lesquels on est également parvenu à la publicité de l'hypothèque.

Chez les Romains, dans les premiers temps de leur législation, à des époques où l'on n'éprouvait pas le besoin d'en imposer par un

[1] Voyage du jeune Anacharsis en Grèce, chap. 59, 6e vol. édit. in-12, pag. 64.

[2] Voyez Loyseau, *du déguerpissement*, liv. 3, chap. 1er, n° 20 ; et Basnage, *Traité des hypothèques*, chap. 1er.

crédit plus apparent que réel, ainsi que cela arriva dans la suite, à mesure que la civilisation fit des progrès, les moyens les plus simples, quelque génans qu'ils fussent pour les emprunteurs, parurent les meilleurs.

Les signes apparens, posés sur les héritages pour attester authentiquement les hypothèques dont ils étaient grevés, y furent admis, comme ils l'avaient été à Athènes [1].

Il est aussi constant que, comme les Grecs, indépendamment des signes sur les héritages, les Romains admirent un autre mode d'hypothèque, qui était, pour le moins, aussi sûr : il consistait à nantir le créancier, lequel prenait en conséquence possession de l'héritage qui devait répondre de la dette.

L'usage s'établit cependant de laisser le débiteur en possession du fonds qui servait de gage ; mais l'effet de l'hypothèque était de donner au créancier le droit de déposséder le débiteur, pour se saisir lui-même du fonds, ou pour le faire vendre.

C'est à ce dernier usage que se rapporte, avec la plus parfaite exactitude, un passage de Cicéron, qui serait difficile à entendre si on ne connaissait pas cette disposition du droit romain. Cet immortel orateur, dans une de ses épîtres familières (livre 13, épître 56), adressée à Thermus, propréteur, lui recommande quelques affaires qui concernaient Cluvius son ami, et qui ne pouvaient être suivies que dans la province dont l'administration venait d'être confiée à Thermus. Philo-

[1] Si l'on voulait élever quelque doute sur la pratique de cet ancien usage à Rome, il serait aisé d'établir l'affirmative à l'aide de plusieurs lois romaines qui ne peuvent recevoir d'autres interprétations, et notamment de la loi 22, § 2, ff. *quod vi aut clàm*, et de la loi 2, au Code *ut nemini liceat*, etc. Mais ce qui dispense d'entrer dans une discussion qui serait plus curieuse qu'utile, c'est que tel est l'avis positif de deux célèbres jurisconsultes : Denis Godefroi, sur la loi du Digeste, que je viens de citer, et Loyseau, *Traité du déguerpissement, liv.* 3, *n°* 25 *et suivans*. La loi du Code que je viens aussi de rapporter, défend à la vérité l'usage de ces signes ; mais rien ne peut mieux attester un usage ancien que son abolition. Ce qui a induit quelques auteurs en erreur, c'est d'avoir vu quelque part que ces signes apparens n'avaient jamais eu pour objet que de donner avis des ventes forcées. C'est une vérité que ces signes n'ont eu que cet objet dans les derniers temps de la législation romaine ; mais c'en est une autre aussi, qu'avant cet emploi, ils avaient servi à annoncer les hypothèques.

tès, citoyen d'Alabande, lui disait-il, a constitué une hypothèque sur un bien-fonds à lui appartenant, en faveur de Cluvius. Le fonds est acquis à celui-ci faute de paiement. Veuillez faire en sorte que Philotès en fasse l'abandon formel, et qu'il en mette en possession les fondés de pouvoir de Cluvius, ou qu'il paye ce qu'il doit. *Prœtereà Philotes Alabandensis hypothecas Cluvio dedit :* HÆ COMMISSÆ SUNT [1]. *Velim cures et* AUT DE HYPOTHECIS DECEDAT [2], *easque procuratoribus Cluvii tradat,* AUT PECUNIAM SOLVAT.

L'usage de mettre le créancier en possession de l'objel hypothéqué, s'est soutenu long-temps, puisqu'on voit une foule de lois, dans le Digeste et dans le Code, qui règlent les cas dans lesquels le créancier pouvait, ou non, vendre l'objet qu'il tenait à titre de gage ou d'hypothèque, et les formalités qu'il devait employer lorsqu'il était question de procéder à cette vente. On peut voir, à ce sujet, Pothier, *Pandectes, liv.* 20, *tit.* 5.

Ainsi on se relâcha insensiblement de la sévérité des anciennes formes. On en vint à tolérer la constitution de l'hypothèque par le simple pacte. Il fut admis que l'hypothèque, quoiqu'occulte, frapperait tous les biens présens. Il fallait, pour ses biens la stipulation de l'hypothèque; la simple obligation n'aurait pas suffi. Mais Justinien voulut encore, dans la suite, que, par cela seul qu'il y avait une stipulation d'hypothèque, cette hypothèque portât non seulement sur les biens présens, mais encore sur les biens à venir, même quoiqu'il n'y eût aucune stipulation particulière, relativement à ces derniers biens [3].

Qu'arriva-t-il dans toute la France où cette législation fut reçue, et où il fut encore admis que la simple obligation authentique portait, de droit et sans stipulation particulière, hypothèque sur les biens présens et à venir, si on en excepte cependant quelques provinces du Nord,

[1] *Hypotheœ commissœ dicuntur, cùm, debitore ad dictum diem solutionem negligente, illœ in potestatem creditoris veniunt.* CHRISTOPH CELLAR. in Cic.

[2] Le mot *hypotheca* a été souvent pris pour le fonds même hypothéqué. Les exemples en sont fréquens dans le droit romain; et cette acceptation est encore admise dans plusieurs parties de la France. En parlant du fonds hypothéqué, on dit souvent *mon hypothèque.*

[3] Voyez Loyseau, *de l'action hypothécaire, liv.* 3, *chap.* 1er, *n°* 14; Basnage, *des hypothèques, chap.* 13 *et* 14, et les lois qu'ils citent.

dont nous aurons occasion de parler, qui demeurèrent fidèles au principe tutélaire de la publicité de l'hypothèque?

Le débiteur s'était-il abstenu de faire des ventes? était-il demeuré en possession de ses biens? on en venait à la saisie réelle : elle était suivie d'un ordre, lors duquel tous les créanciers se connaissaient souvent pour la première fois. Les frais de cet ordre, déjà considérables par eux-mêmes, augmentaient à raison de la multiplicité des dettes qui se découvraient, et son résultat apprenait combien les derniers créanciers étaient victimes de l'ignorance où ils avaient été des hypothèques constituées avant les leurs. Il était assez ordinaire d'en voir un grand nombre qui ne pouvaient participer à la distribution de l'adjudication, et qui néanmoins étaient obligés de supporter de grands frais, dont les avances étaient devenues nécessaires.

Le débiteur, au contraire, vendait-il tout ou partie de ses biens? alors l'acquéreur était attaqué en déclaration d'hypothèque par un des créanciers, et souvent par plusieurs. Cet acquéreur exerçait son recours contre son vendeur. Si le fonds avait passé entre plusieurs mains après la vente que le débiteur en avait faite, il y avait autant de recours que d'acquéreurs successifs, en remontant jusqu'au vendeur originaire. C'était le comble du désordre.

Quelle était la cause de tous ces abus? c'était le défaut de publicité de l'hypothèque. Cette vérité s'aperçoit si facilement que tout développement à ce sujet deviendrait inutile.

Je ne dois cependant pas omettre que, dans le droit romain, il s'était introduit une hypothèque connue sous le nom d'*hypothèque spéciale*, et les personnes peu versées dans notre ancienne législation, pourraient croire, à raison de cette dénomination, qu'il avait quelqu'affinité entre cette hypothèque, et celle qui, dans le système de notre législation hypothécaire, est connue sous la même dénomination d'*hypothèque spéciale*.

Mais elles seraient, à cet égard, dans une grande erreur. L'hypothèque spéciale, dans les principes du droit romain, n'était soumise à aucune publicité, pas plus que l'hypothèque générale; et dès lors elle ne pouvait avoir aucun des avantages de cette publicité. Indépendamment de l'hypothèque générale qui résultait d'une obligation en elle-même, comme je l'ai déjà dit, on faisait quelquefois affecter par le

débiteur un ou plusieurs objets, à titre d'hypothèque spéciale : ils devaient par conséquent être désignés. Mais si avant cette obligation consentie avec une hypothèque spéciale, celui qui s'obligeait avait déjà fait d'autres obligations, l'hypothèque générale qui en résultait couvrait les objets qui auraient ensuite été affectés d'hypothèque spéciale. En sorte qu'il est sensible que cette hypothèque spéciale devenait sans effet. Et par rapport à ceux qui, postérieurement à l'obligation portant affectation de cette hypothèque spéciale, auraient prêté au même débiteur, n'étant avertis par aucune publicité, des engagemens antérieurs, à quelque titre qu'ils eussent été contractés, ils couraient toujours les mêmes risques, en cas d'insolvabilité de l'emprunteur. Cela devait être, dès que l'hypothèque spéciale précédente devait subsister, sans qu'elle fût publique, par le seul effet de l'antériorité du titre, comme l'hypothèque générale.

Il résultait bien quelques différences entre l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale, par une conséquence de ce que celle-ci paraissait emporter une affectation plus précise et plus forte sur l'objet qui y était soumis. Néguzantius, jurisconsulte italien, dans un Traité latin sur les hypothèques, ouvrage justement estimé, dans lequel la matière est traitée principalement sous le rapport des principes du droit romain, est l'auteur qui a expliqué ces différences avec le plus de précision. Il les réduit à six, *pag.* 13, 5e *édit. de* 1683.

Par exemple, dans le cas d'une simple hypothèque générale, quoique les esclaves du débiteur eussent été frappés de cette hypothèque (chez les Romains, tout ce qui sortait nature de propriété mobilière, était, comme les immeubles, susceptible d'hypothèques), ce débiteur pouvait néanmoins les affranchir, ce qu'il ne pouvait pas faire s'il les avait engagés spécialement. Par exemple encore, si un propriétaire, en louant sa maison, l'avait spécialement affectée au locataire, et si ensuite il l'eût vendue, l'acquéreur aurait été tenu d'entretenir le bail à loyer, ce qui n'aurait pas eu lieu s'il n'y avait eu qu'une hypothèque générale. Je ne rapporterai pas les quatre autres exemples indiqués par cet auteur, parce qu'ils sont encore plus étrangers aux usages français, que le premier que je viens de citer.

Mais il y a plus ; c'est qu'il arrivait souvent que l'hypothèque spéciale devenait nuisible au créancier. Cela est très bien expliqué par Basnage,

Traité des hypoth., *ch.* 5, *pag.* 48; et par Domat, *Lois civiles*, *liv.* 3, *tit.* 1er, *sect.* 3, *n*o 6. C'est aussi par cette raison que, dans tous les anciens titres constitutifs d'hypothèque, lorsqu'il y était fait mention d'hypothèque spéciale, on ne manquait jamais d'ajouter cette clause, que *l'hypothèque spéciale ne dérogerait point à la générale, ni la générale à la spéciale.*

Il n'est pas étonnant que la spécialité de l'hypothèque, dans le droit romain, n'ait pu obtenir aucun des avantages attachés à la spécialité de l'hypothèque, telle qu'elle est conçue dans notre législation hypothécaire, et qu'elle soit demeurée à peu près insignifiante. Il y en a une raison bien simple, et qui fait encore mieux apercevoir l'esprit dans lequel la spécialité de l'hypothèque a été introduite dans notre législation actuelle; c'est que la spécialité bien entendue, n'a été regardée que comme l'instrument auxiliaire de la publicité. Elle a été le seul moyen de parvenir à cette publicité, parce que, seule, elle pouvait faire connaître les objets affectés à l'hypothèque conventionnelle. Or, comme il n'y avait point de publicité d'hypothèque dans le droit romain, depuis qu'on eut dérogé aux anciennes règles dont j'ai déjà parlé, la spécialité de l'hypothèque ne se liait presqu'à rien; elle devenait à peu près une chimère. En sorte que les inconvéniens graves que la législation romaine présentait, à raison de la clandestinité de l'hypothèque, que j'ai déjà exposés, subsistaient également, et sous le rapport de l'hypothèque générale, et sous celui de l'hypothèque spéciale, telle qu'elle y était admise.

Une législation aussi vicieuse produisit des effets tellement nuisibles à l'ordre social, qu'elle fixa l'attention des hommes d'état, autant que celle des jurisconsultes.

Sully [1] avait désiré « qu'aucune personne, de quelque qualité ou « condition qu'elle pût être, n'eût pu emprunter *sans qu'il fût déclaré* « *quelles dettes pouvait avoir déjà l'emprunteur, à quelles personnes,* « *sur quels biens.* »

Voilà la publicité de l'hypothèque, et une indication propre à l'organiser.

Colbert voulut réaliser ce projet; il fit rendre, au mois de mars 1673,

[1] Mémoires, *liv.* 26.

un édit qui établit la publicité des hypothèques : mais cet édit fut révoqué par un autre du mois d'avril 1674, c'est-à-dire presqu'aussitôt qu'il parut [1].

On avait encore sous les yeux, pour sentir les grands avantages de la publicité de l'hypothèque, l'exemple que donnaient les Coutumes des provinces du Nord, faisant partie du royaume, connues sous le nom de Coutumes de *nantissement*, d'*ensaisinement*, de *vest* et de *dévest* [2].

Il serait plus curieux qu'utile d'expliquer les formalités introduites par ces Coutumes, et de remonter à leur origine [3]. Il est suffisamment

[1] Voyez l'ouvrage connu sous le nom de *Testament politique de Colbert*, *chap* 12, *pag.* 351, *édit. de* 1693.

Cet édit, intitulé : « Edit portant établissement des greffes et enregistrement des oppositions, pour conserver la préférence aux hypothèques », se trouve dans le recueil d'édits et déclarations, qui est à la suite du *Traité de la vente des immeubles*, par d'Héricourt, *pag.* 304. La connaissance peut en être tellement utile, que j'ai cru devoir le faire imprimer à la suite de mon ouvrage.

[2] Coutumes de Boulonnais, Amiens, Péronne, Vermandois, St-Quentin, Senlis, Laon, Reims, Chauny et autres. Les mêmes usages avaient lieu dans les Coutumes de Flandre et des Pays-Bas, qui environnaient la Picardie. De ce nombre étaient les Coutumes de Hainaut, Liége, Artois, Lille, etc.

[3] Mornac, sur la loi 26, ff. *de pign. act.*, renvoie à ce que dit Budée, dans son Commentaire sur la langue grecque, où il prétend que ce savant prouve que l'usage des nantissemens, dérive des anciens usages admis chez les Grecs. *Vide autem Budæum in Comment. ling. græc. ad dictum* ὅροι (les signes des hypothèques), *ubi claré ostendit manâsse hypothecarum usum à Græcis*, *quali* nantissamenta *sua Belgæ nostri hodie peragunt*. Je n'ai point trouvé dans le dictionnaire de Budée, l'idée de cette dérivation d'origine, quoique j'y aie vu attester plusieurs fois l'usage des signes, que j'ai déjà rapporté, d'après Plutarque et l'abbé Barthélemy. Je n'entends cependant pas révoquer en doute l'exactitude d'une citation faite par Mornac, et j'attribue la difficulté de la vérification au défaut d'ordre qui règne dans l'ouvrage de Budée. Il est cependant permis de penser que les peuples belges ont peu songé aux usage des Grecs; ils ont mis à profit quelques dispositions de leurs Coutumes sur la puissance féodale, pour en tirer une institution utile; et ce qu'on peut dire avec certitude, c'est que cette institution y prit la physionomie d'une législation purement civile, et d'un intérêt général. Ce qui prouve la vérité de ce que je viens de dire, c'est que le placard de Charles V, du 10 février 1538, et celui de Philippe II, du 6 décembre 1586, en établissant l'impossibilité d'aliéner ou de changer aucun héritage, sans le secours du nantissement, déclarent formellement que c'est *pour prévenir les fraudes et les stellionats*. Cette mention est rapportée dans le *Répert. de jurisp.*, aux mots *Devoirs de loi*, § 1er.

connu que le résultat de ces formalités était une publicité parfaite de l'hypothèque, et qu'il n'y avait point d'hypothèque sans cette publicité. C'était, dans ces provinces, un point de législation consacré depuis des siècles, et toujours religieusement maintenu.

Ici se présente le plus grand argument en faveur de la publicité de l'hypothèque. Lorsqu'on rédigea l'édit de 1673, ce qui fut fait par une main habile, car peu de lois offrent une rédaction aussi précise et aussi prévoyante, on abrogea, *art.* 71, les Coutumes de nantissement, et les habitans des provinces où ces Coutumes étaient observées, se turent. L'édit remplissait parfaitement l'objet de leur législation; il l'améliorait même.

L'édit du mois de juin 1771, dont je parlerai bientôt, qui fut bien utile sur quelques points, mais qui demeura loin de la perfection, parce qu'il laissa subsister les hypothèques occultes; cet édit, disons-nous *article* 35, abrogea l'usage *des saisine et nantissement*, et *dérogea* à toutes ces Coutumes.

Mais qu'arriva-t-il? Les réclamations des habitans des lieux régis par les Coutumes de *saisine et nantissement*, s'élevèrent de toutes parts; le parlement de Flandre, le conseil d'Artois, refusèrent d'enregistrer et d'exécuter l'édit; et lorsque l'autorité royale fut éclairée, elle condescendit aux remontrances, en consentant, par une nouvelle loi, à l'inobservation de l'édit dans le territoire de ces Coutumes.

Qu'on y fasse bien attention! Le silence, en un temps, des peuples particulièrement intéressés à la législation hypothécaire, leurs réclamations, en un autre; la marche de l'autorité royale qui fait droit sur ces réclamations : tout cela dépose bien hautement en faveur du principe de la publicité de l'hypothèque.

Il n'est donc pas étonnant que Loyseau, Basnage et d'Héricourt, trois célèbres jurisconsultes qui se sont particulièrement occupés de cette matière, se soient récriés sur l'insuffisance de la législation française, et en aient désiré l'amélioration [1]. D'Héricourt émet formellement le vœu de voir observer partout, sur la partie hypothécaire, les Coutumes de *nantissement;* il sollicite ardemment le rétablissement de

[1] Loyseau, du *Déguerpissement, liv.* 3, *chap.* 1er, *n°* 14 *et suiv.*; Basnage, *Traité des hypothèques, chap.* 1er, *pag.* 10, *édit. in-12, de* 1702; d'Héricourt, *Traité de la vente des immeubles, chap.* 11, *sect.* 3, *n°* 8 *et suiv., et chap.* 14, *n°* 7.

l'édit de 1673, en remarquant que, d'après le préambule de celui de 1794, cet édit de 1673, n'avait pas été révoqué pour toujours, et que son exécution avait seulement été suspendue.

Je ne me pardonnerais pas de passer sous silence qu'il existe contre le système de la publicité de l'hypothèque, une opinion extrêmement imposante, puisque c'est celle de l'immortel chancelier d'Aguesseau[1].

Mais quelque respect que l'on ait pour les opinions de ce grand homme, doit-on les adopter sans examen? et quel cas pourrait-on faire d'un assentiment à ses décisions, qui partirait seulement d'une superstitieuse crédulité, et non d'une conviction éclairée?

On pourrait d'abord remarquer que cet illustre chef de la magistrature a pu se déterminer par un état de choses existant à l'époque où il était consulté sur la question de savoir s'il était utile de faire revivre la législation établie par l'édit de 1673; et cette époque n'est pas connue, ou, au moins, je l'ignore. Il dit trois fois (pag. 621 et 623) que cet édit ne pourrait jamais être plus mal placé que dans la *conjecture présente.*

On sent qu'il est à propos d'examiner la question sous un point de vue général.

M. d'Aguesseau se fondait sur une expérience qui s'était, disait-il, formée relativement à l'édit de 1673.

Mais aurait-on pu acquérir une expérience utile sur l'exécution de cet édit, puisque, d'après les termes mêmes de M. d'Aguesseau, le législateur avait voulu que ce même édit *mourût dès le premier jour de sa vie?* D'ailleurs, avait-on besoin d'invoquer une expérience sur cette loi, dès que les principes qui l'avaient dictée, avaient jeté de si profondes racines dans les nombreuses Coutumes connues sous le nom de *nantissement,* qui étaient alors en vigueur, comme elles l'ont toujours été depuis?

Ce savant et vertueux magistrat rappelait les réclamations que l'édit de 1673, avait excitées en France.

Mais d'où venaient-elles? quel en était le motif[2]?

[1] Œuvres de M. d'Aguesseau, *tom.* 13, *pag.* 620, *édit. in-4°.*

[2] J'aime mieux renvoyer à ce qui est dit à ce sujet dans l'ouvrage qui a pour titre : *Testament politique de Colbert,* que de rapporter ici les expressions trop dures qui y sont employées contre la magistrature et contre les grands du royaume, auxquels on a reproché la révocation de l'édit de 1673.

M. d'Aguesseau invoque les mœurs de son temps, et il faut l'entendre lui-même.

« On a toujours cru que rien n'était plus contraire au bien et à l'avantage de toutes les familles, que de faire trop connaître l'état et la situation de la fortune des particuliers.

« Un Italien a dit autrefois que l'opinion était la reine du monde; si cela est, on peut dire que c'est en France qu'elle a établi le siége de son empire; on n'y vit, on n'y subsiste que par l'opinion; le crédit et la confiance ne sont fondés que sur l'opinion, et c'est ôter aux hommes leurs dernières richesses, que de leur arracher cette réputation qui leur tient souvent lieu de biens, lors même qu'ils ont tout perdu.

« Avec elle, on voit tous les jours une infinité de fortunes se relever et se rétablir, qui, sans cet avantage, auraient été perdues sans retour.

« C'est cette opinion qui fait trouver aux plus malheureux des ressources imprévues. Comme on croit pouvoir prendre confiance en leur probité, et qu'on n'a point une certitude entière de leur ruine, ils trouvent encore dans leurs amis des secours dont ils peuvent profiter pour recueillir les débris de leur fortune; ou du moins, on ne les presse pas avec rigueur, et le temps même qu'ils gagnent par-là, n'est pas le moindre des avantages que l'opinion leur procure.

« Pendant ce temps, un marchand trouve des conjonctures heureuses qui rétablissent son commerce; un magistrat recueille une succession qui le met en état de soutenir sa dignite; un gentilhomme vend une terre à des conditions avantageuses, où il fait une alliance qui lui procure les moyens de payer les dettes de sa maison; en un mot, sans entrer dans un plus long détail, l'expérience apprend tous les jours qu'il y a une infinité de maisons qui ne se sont relevée que par l'opinion. »

Sont-ce là nos mœurs actuelles? On peut avec certitude répondre négativement. Depuis plus de vingt ans, on prête moins à la *probité* qu'a la *propriété* [1]. Quelques exceptions honorables qui peuvent exis-

[1] Cette idée a fourni le sujet d'une des épigrammes les plus piquantes, et en même temps les plus vraies, de Martial :

Cùm rogo te nummos sine pignore, Non habeo, inquis;
Idem, si pro me spondet agellus, habes.

ter, ne détruisent pas les conséquences qui se tirent de la généralité d'un usage et de son empire. Dans tous les temps, les avantages de la publicité des hypothèques se seraient fait sentir; mais comment pourrait-on y renoncer au sortir d'une révolution où des besoins créés par des malheurs, de fausses spéculations enfantées par l'esprit d'une excessive cupidité, et les perfides ressources de l'usure, ont porté, dans un si grand nombre de fortunes, des germes de destruction qu'on s'est vainement efforcé de dissimuler, et qui se développent journellement? Comment aurait-on pu depuis nombre d'années, et comment pourrait-on encore, au moins pour bien long-temps, contracter avec quelque sécurité, si la publicité des hypothèques n'existait plus? La confiance est l'ame des transactions : le prêteur n'en a pas, s'il ignore les hypothèques; et l'emprunteur ne peut la faire naître s'il ne peut démontrer sa solvabilité par des registres qui attestent l'état de sa fortune. Toute législation qui ne procure pas ce double avantage, est nécessairement imparfaite.

Cette vérité s'applique au commerce, comme aux transactions ordinaires. Il est bien vrai que sa prospérité peut tenir à d'autres causes qu'à la facilité de pouvoir hypothéquer des propriétés : elle doit principalement dépendre d'un crédit fondé sur une industrie et sur une conduite éprouvées.

Mais d'abord, en faisant même abstraction des engagemens entre commerçans, les transactions ordinaires seraient assez nombreuses et assez importantes pour nécessiter la publicité de l'hypothèque. Ensuite cette publicité même vient fréquemment au secours des commerçans. Combien de citoyens de cette classe auraient été privés de l'avantage de monter un commerce devenu florissant, s'ils n'eussent pu d'abord établir des hypothèques? Ne voit-on pas journellement, dans des actes de sociétés purement mercantilles, que les associés se donnent réciproquement des hypothèques, avec la faculté d'inscrire au nom de la société, pour la sûreté des engagemens respectifs? Est-il rare que des

Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali,
Credis colliculis arboribusque meis.
Ecce reum Carus te detulit : adsit agellus.
Exilii comitem quæris? agellus eat.
Liv. 12, épigramme 25.

pères, des beaux-pères, pour fonder ou entretenir le commerce de leurs fils ou de leurs gendres, autorisent ceux-ci, par des actes authentiques, à hypothéquer une partie de leurs biens? Il m'a passé sous les yeux quelques actes de cette nature.

La nécessité d'un régime hypothécaire se fait encore fortement sentir, lorsque des familles soupirent après des états pour les individus qui les composent. Dans presque toutes les branches de l'administration, on ne peut obtenir des emplois que par des cautionnemens en immeubles, ou en affectant des immeubles à des tiers pour se procurer ces cautionnemens, s'ils sont en argent. Or, on ne conçoit pas l'existence de ces cautionnemens sans la publicité de l'hypothèque; et il paraîtrait contradictoire que le gouvernement en imposât les conditions, si la loi ne donnait pas les moyens de les fournir.

Il n'en était pas de même anciennement, lorsque les états étaient attachés à des offices ou charges dont la création émanait du roi, et qui étaient soumis à la vénalité. Le privilége exclusif sur l'office, en faveur du gouvernement ou des parties intéressées, était une garantie suffisante des abus ou malversations des titulaires.

Les choses demeurèrent donc dans l'ancien état, jusqu'à l'édit du mois de juin 1771.

Cette loi est la première qui ait annoncé que le législateur sentait vivement les imperfections et les inconvéniens de la législation précédente. Il est important de fixer son attention sur ce qui en résulte.

Les décrets volontaires, dont les frais étaient considérables et en pure perte, disparurent. L'acquéreur, en exposant publiquement son titre d'acquisition pendant un temps déterminé, eut la plus grande facilité de connaître les créanciers de son vendeur qui étaient obligés de former opposition aux lettres de ratification. La faculté d'enchérir fut néanmoins admise pour éviter des fraudes sur le prix de la vente, respectivement aux tiers. Les lettres de ratification purgeaient les immeubles acquis, des hypothèques dont ils étaient grevés. Ces hypothèques étaient détachées de ces immeubles, elles étaient converties en actions sur le prix fixé par la vente, ou déterminé par les enchères survenues. Ainsi l'acquéreur n'eut plus à redouter ces anciennes attaques hypothécaires dont nous avons déjà fait sentir les déplorables

effets. La circulation des immeubles fut plus rapide, aussi l'usage des lettres de ratification devint très fréquent.

Mais cet édit, quoique très utile, n'atteignit pas la perfection, au moins celle qu'il est seulement permis aux hommes d'apporter à leurs institutions. Les hypothèques restèrent occultes. Les oppositions prescrites aux créanciers afin de conserver, en cas d'obtention de lettres de ratification, paraissaient au gré de ces créanciers, pourvu que ce fût avant le sceau des lettres. L'hypothèque était toujours inhérente au titre constitutif de la créance; elle ne prenait point date par l'opposition. Les prêteurs ne se reconnaissaient donc, comme avant cet édit, que lorsqu'il était question de venir à l'ordre; et c'était seulement alors que plusieurs acquéraient la fâcheuse certitude qu'ils avaient été victimes d'une funeste sécurité contre laquelle ils n'avaient pu être prémunis par aucune notion préalable.

Le système de la publicité de l'hypothèque fut enfin organisé par la loi du 11 brumaire an 7, loi qui sera toujours remarquable dans cette matière : car nous ne devons donner aucun rang à la loi de messidor an 3; elle se ressentait de la fermentation des esprits qui existait lorsqu'elle parut. Cependant, malgré les alarmes qu'elle fit naître sur l'ébranlement général des fortunes qu'on voulait mobiliser d'une manière effrayante, on ne pouvait s'empêcher d'y remarquer des idées utiles. Elle sera toujours un objet de curiosité, et même d'intérêt pour les personnes qui veulent connaître une législation dans toute son étendue, et en remontant aux sources. Quelques-unes de ces dispositions ont été exécutées, et confirmées, quant au passé, par la loi de brumaire. En sorte qu'il est à propos de la connaître.

Il résulte de tout ce qui a été dit dans ce paragraphe, que l'abolition de la publicité de l'hypothèque ferait naître des maux incalculables. Toutes les transactions sociales seraient paralysées.

§ II. *Est-il vrai que les modifications établies par le Code civil sur la publicité de l'hypothèque, en introduisant des hypothèques affranchies d'inscription, telles que certaines hypothèques légales, puissent être considérées comme des exceptions qui en détruisent le système?*

La manière dont j'ai posé la question, fait pressentir les réfutations

que j'ai à opposer aux objections. Je veux dire, en effet, qu'on prend pour exceptions ce qui n'est que modifications. Or, on conçoit d'avance la différence qui existe entre les unes et les autres, et cette différence étant bien établie, on sera convaincu que dans tous les cas où il devient nécessaire de connaître toutes sortes d'hypothèques, la loi procure cette connaissance, et que toujours on en revient à cette publicité qui en fait le système, et d'après laquelle son but est rempli dans l'intérêt de tous ceux qui contractent.

La spécialité, disent les critiques, semble faire la base de la loi, et cependant, même relativement aux engagemens conventionnels pour lesquels cette spécialité est plus particulièrement exigée, une simple déclaration de l'emprunteur peut faire porter cette hypothèque sur les biens à venir [1].

Ce n'est pas tout; il arrive des hypothèques générales qui portent sur tous les biens présens et futurs, dont les unes doivent, à la vérité, devenir publiques par la voie de l'inscription, et dont les autres se soutiennent d'elles-mêmes sans cette publicité.

On présente cette multitude d'hypothèques qui se croisent, dit-on, comme autant de filets dans lesquels on se prétend enlacé; et de là on conclut que, puisqu'il fallait créer tant d'exceptions aux deux principes de la *spécialité* et de la *publicité*, qui, par cela même, sont presque anéantis, il ne valait pas la peine de renoncer à la législation précédente.

Mais tous ces prétendus embarras existent principalement dans l'imagination; et ceux qui s'en font un sujet d'effroi, prouvent seulement qu'ils n'ont pas assez réfléchi sur l'ensemble de notre législation, ainsi que sur les résultats de la pratique habituelle.

Je vais d'abord établir un fort préjugé contre l'idée que le mélange des hypothèques légales avec les hypothèques spéciales, laisse la loi sans système et nuit à sa marche. Pour cela, je dirai que dans les Coutumes mêmes de nantissement, dont la législation a été plus particulièrement un objet de prédilection pour les personnes qui voudraient encore une publicité absolue, les hypothèques légales étaient

[1] Art. 2130 du Code civil.

affranchies des formalités qui y étaient établies pour la publicité relativement aux hypothèques en général. C'est ce qu'atteste Mornac, sur la loi 26, ff. *de pignorat. act.*, d'après les autorités les plus respectables, auxquelles je pourrais en réunir d'autres qui remontent à des temps moins reculés. Il s'en explique pour les hypothèques légales des femmes et des mineurs, et pour les retours en partage auxquels les lois attribuaient, du temps de l'auteur, une hypothèque légale qui, par le Code civil, a été classée au rang des priviléges. *Tres tamen,* dit Mornac, *exceptiones reperio; prœhensionis enim istœ réales, seu* NANTISSEMENTA, *ut loquimur, non desiderantur ubi agitur de tutelœ actione, vel de dote. Sunt enim hypothecœ legales quœ etiam citra ullum hominis ministerium obtinent.... idem verò etiam, ubi agitur de reditu pecuniario qui in supplementum divisionis constitutus est. Dicimus* POUR SOULTE DE PARTAGE.

Voudrait-on, en se référant à la loi de brumaire an 7, qu'on eût imposé à la femme et à ses parens l'obligation de prendre, dès l'instant du mariage, une inscription sur les biens du mari, pour la sûreté de la dot et des conventions matrimoniales.

Mais cette obligation impérative dont le résultat eût été que toutes les inscriptions prises par des tiers sur les biens du mari, avant celle de la femme auraient eu la préférence sur celle-ci, cette obligation, disons-nous, présentait une dureté répugnante. La manifestation d'un défaut de confiance, des actes d'une physionomie hostile, ne sont pas des auspices sous lesquels des familles s'unissent. Aussi cette disposition a été rarement pratiquée sous l'empire même de la loi de brumaire.

Mais je ne dois pas m'en tenir à ces observations préliminaires. On sent qu'il faut venir à des preuves. Or, le développement de ces preuves sera facile. Il ne s'agira que de se pénétrer de l'esprit dans lequel la loi a été conçue, et de faire remarquer avec quel soin elle a cherché à concilier tous les intérêts. On verra que s'il n'y en a qui sont blessés, c'est principalement parce que les parties contractantes sont beaucoup moins attentives à les conserver, que la loi ne l'a été à leur en procurer les moyens. On sera convaincu que la *spécialité* de l'hypothèque s'allie avec la *légalité* ou la *généralité;* ou, ce qui est de même, que ces trois hypothèques *spéciale, légale* et par conséquent *générale,* ou simple-

ment *générale* sans être *légale*, peuvent aller de front et ne s'entre-détruisent pas [1].

Pour être mieux compris je dois faire des hypothèses.

Un particulier a une fortune de 300,000 fr. en immeubles, et je suppose que sa femme lui ait apporté une dot de 100,000 fr. Il est évident qu'il aura 200,000 fr. de disponibles pour faciliter des entreprises qu'il voudra faire, pour subvenir à des besoins. Si l'ordre et la moralité devaient caractériser tous ses engagemens et l'administration de sa fortune, on sent facilement que des tiers, soit créanciers, soit acquéreurs, pourraient contracter sans crainte avec lui. Il saurait s'arrêter au point où il devrait le faire pour que la dot de sa femme fût assurée, et que, soit ses créanciers, soit ses acquéreurs, ne courussent aucun risque.

Mais quoique cet état de choses ne soit pas sans exemple (car il serait bien malheureux qu'il n'existât jamais), il faut cependant convenir que ce n'est pas sous ce point de vue que l'on doit se régler, lorsqu'il s'agit d'assurer ses intérêts en matière de transactions sociales. L'immoralité se place souvent à côté d'un dérangement d'affaires. Son immoralité même, des fautes qui sont la suite de simples négligences produites par l'irréflexion, ou par une longue insouciance, peuvent amener un désordre auparavant imprévu. C'est pour ce cas que la loi veille, et qu'elle exerce une sage et utile prévoyance. Examinons donc ses dispositions sous ce dernier rapport, et voyons si elle y apporte une confusion dans laquelle il serait difficile de se retrouver.

Distinguons les acquéreurs des créanciers, et encore, en examinant le sort des uns et des autres, je les présenterai sous un double aspect. Je les suivrai d'abord en les plaçant dans un état d'incurie et de négligence absolue des dispositions de la loi; je les présenterai ensuite comme étant extrêmement attentifs à se conformer à ces mêmes dispositions.

Qu'un acquéreur contracte avec un individu qui soit dans la posi-

[1] Ces différentes dénominations n'ont rien d'embarrassant, pour peu qu'on connaisse les élémens de la loi. La *généralité* ne suppose pas toujours la *légalité*. La légalité suppose toujours la généralité; et sa dénomination indique qu'elle prend naissance par le seul ministère de la loi, sans qu'il soit besoin de convention.

tion que j'ai déjà supposée, qui aurait une fortune de 300,000 fr. en immeubles, mais qui seraient grevés d'une dot mobilière de 100,000 fr., si l'acquéreur achète des biens pour 50,000 francs à prendre sur les 200.000 fr. qui, dans mon hypothèse, seraient libres, même quand il n'y aurait pas d'inscriptions prises sur ses biens libres, et si, se fondant sur ces circonstances, il paie le prix de son acquisition, croyant ne courir aucun risque, il peut néanmoins être déçu dans ses espérances. En effet, peut-il avoir la certitude que son vendeur, surtout s'il éprouve un désordre dans ses affaires, qui serait inconnu, ne vende pas à son insu une grande partie du restant de tous ces immeubles. Or, si cela arrive, le second acquéreur peut faire faire les notifications prescrites par l'art. 2194 du Code civil, et par l'arrêté du Conseil d'état, du 1er juin 1807, et il peut ne pas arriver d'inscriptions de la part de la femme. Dans cet état de choses, le second acquéreur a la faculté de se libérer du prix de son acquisition envers le mari vendeur, et il le ferait valablement par une conséquence de cet art. 2194 et de l'article 2195. Alors la femme, pour la répétition de sa dot et de ses conventions matrimoniales, peut exercer son hypothèque légale sur les premiers immeubles vendus par son mari, qui ne sont point purgés de son hypothèque. Son silence, lors de la notification qui lui aurait été faite des ventes postérieures, n'est certainement pas un obstacle à l'exercice de son hypothèque sur les immeubles vendus précédemment, à l'occasion desquels l'acquéreur n'aurait pas pris les précautions qu'on a déjà indiquées pour la purgation de son hypothèque. Son droit hypothécaire est indivisible, elle a la faculté d'en frapper tels immeubles ayant appartenu à son mari que bon lui semble.

Je viens de supposer une seconde vente, de la part du mari, des biens autres que ceux qu'il aurait déjà aliénés; mais, en supposant qu'au lieu de les vendre, il les hypothéquât à un seul ou à plusieurs, les chances que courrait le premier vendeur seraient toujours les mêmes. La femme pourrait vouloir favoriser ses créanciers, laisser leurs hypothèques intactes, et elle aurait également le droit d'exercer son hypothèque contre le premier vendeur. On ne voit pas quelle ressource il aurait, dans cette seconde hypothèse, pour se soustraire à cette action.

Venons actuellement au sort de ceux qui voudraient prêter au mari,

en nous tenant toujours à cet état d'inattention ou de négligence sur les précautions indiquées par la loi, pour obtenir la sûreté des créances.

D'après ce que je viens de dire, je puis m'expliquer, à cet égard, avec beaucoup de brièveté. Il est facile de sentir que malgré les inscriptions que prendraient ces créanciers sur les biens du mari, qui seraient grevés envers eux d'hypothèques spéciales, la femme qui a le choix d'appliquer son hypothèque légale à tels biens qu'elle veut, en conséquence du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, peut couvrir, quand elle le voudra, de cette hypothèque même, les immeubles qui auraient été affectés aux hypothèques spéciales, et ces hypothèques, ou au moins celles qu'elle aura voulu ne pas ménager, deviendront sans effet.

Je dois néanmoins faire remarquer que la Cour de cassation a rendu, le 16 juillet 1821, un arrêt infiniment important sur ce cas de concours des hypothèques légales avec les hypothèques spéciales. Je fais connaître l'espèce de l'arrêt au nº 184 du Traité, *tom.* 1er, *pag.* 378. Cette Cour a pris une mesure très sage qui, sans blesser le droit des créanciers avec hypothèques légales ou générales, allége le poids de ces hypothèques en faveur de certains créanciers qui ont seulement des hypothèques spéciales. Elle a jugé, avec raison, ainsi que l'avait fait la Cour royale de Nîmes, que les premiers créanciers avec hypothèque spéciale, qui avaient prêté sur la foi que les ressources du débiteur étaient moins épuisées, devaient avoir un avantage sur ceux qui n'avaient prêté qu'après. Mais cet arrêt même prouve la réalité de l'inconvénient que je signale, et ses résultats établissent toujours la possibilité, on peut même dire la nécessité, que quelques-uns des créanciers avec hypothèque spéciale, qui se trouvent en concours avec des hypothèques légales ou générales, perdent leurs créances, ou en totalité, ou au moins en partie.

Examinons à présent l'état de choses qui doit se présenter lorsque les tiers, bien loin de se livrer à un dangereux hasard, qui ordinairement leur est funeste, auront suivi les sages conseils que la loi semble leur donner.

Quant à l'acquéreur, il peut suivre une marche aussi sûre que simple. S'il est jaloux d'être tranquille sur les suites de son acquisition,

il doit s'abstenir d'en payer le prix au moment où il achète. Il est indispensable qu'il prenne les mesures prescrites par l'art. 2194 du Code civil, et par l'avis du Conseil d'état, du 1er juin 1807, pour affranchir l'immeuble qu'il acquiert, des hypothèques légales. L'établissement de la légalité de l'hypothèque, et le moyen propre à s'en affranchir, présentent un artifice heureux par lequel le législateur concilie tous les intérêts. L'inscription n'arrive que dans les cas où elle est nécessaire, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de sauver la dernière planche du naufrage. Il n'y a point d'inscription lorsqu'une femme est rassurée sur l'industrie et la bonne conduite de son mari; et il n'en paraît que lorsqu'elle sent qu'elle doit se refuser enfin à devenir victime de ses profusions ou de ses fausses spéculations.

Combien n'a-t-on pas vu d'acquéreurs embarrassés et même ruinés pour n'avoir pas voulu faire transcrire, dans la vue d'épargner les frais de transcription? Il y en a beaucoup moins d'exemples depuis la loi du 28 avril 1816, dont les articles 52 et 54, ont exigé cumulativement le paiement du droit d'enregistrement et icelui du droit de transcription. Ainsi l'on voit, dans cette circonstance, ce qui arrive, rarement qu'une loi de finances devient bienfaisante, en ce qu'elle place certaines personnes dans la nécessité d'être sages, et de veiller à la conservation de leur fortune [1].

[1] Toutes ces difficultés n'existaient pas sous l'édit de 1771. Le principe de la déchéance des hypothèques des femmes, des mineurs et des interdits, sur les biens des maris et des tuteurs, par le défaut d'opposition de leur part aux lettres de ratification, avait été consacré par l'art. 17 de cet édit. L'art. 32 confirmait cette règle, en établissant une exception seulement pour le douaire non ouvert, tant de la femme que des enfans. La même règle fut confirmée par le législateur lui-même, d'après ce qui résulte d'une déclaration du 9 février 1772, rendue uniquement pour le ressort du parlement de Pau, sur la demande de ce parlement, qui enregistra cette déclaration le 14 mars suivant.

L'exception à la règle fut fondée sur des usages particuliers à ce parlement, d'après lesquels les dots des femmes qui étaient hypothéquées sur les biens de leurs maris, étaient affectées aux descendans du mariage et à ceux qui les avaient constituées, par une espèce de substitution légale qui s'étendait jusqu'à trois degrés. Le législateur dispensa, dans le ressort de ce parlement, de la nécessité de l'opposition pour la dot, *nonobstant les dispositions de l'édit.* Il était impossible de mieux confirmer la règle générale.

Passons à celui qui veut prêter, en nous plaçant toujours dans la supposition où l'on agit avec prudence, d'après les dispositions de la loi.

Il y a plus de chances contre lui qu'il n'y en a contre l'acquéreur. Celui-ci a la faculté de faire transcrire son contrat d'acquisition, et de purger les hypothèques légales, ainsi qu'on vient de le voir. Mais toutes les mesures sont absolument étrangères à la position de celui qui prête; cependant la loi lui offre encore des ressources qui le mettent à l'abri de tout danger. S'il est de sa connaissance que le mari a reçu de sa femme une dot mobilière considérable, qu'il y ait une forte stipulation de conventions matrimoniales fixes ou éventuelles, il pourra, de concert avec le mari qui doit s'y prêter autant dans son intérêt que par un sentiment de délicatesse, obtenir une détermination,

En conséquence de cette règle, le parlement de Paris, par un arrêt du 14 juillet 1785, prononça contre la comtesse de Landreville, à raison du défaut d'opposition à des lettres de ratification, la déchéance de son hypothèque pour sa dot. On peut voir cet arrêt et le récit de tous les faits, dans mon Commentaire sur l'art. 17 de l'édit de 1771, *pag.* 330 *et suiv.*; il fut pris sur la Gazette des tribunaux, *tome* 20, *année* 1785, *n°* 1er. On voit dans le récit des faits, *pag.* 336, qu'il était question de la purgation radicale de toutes les hypothèques, *pour les reprises et conventions matrimoniales de la dame de Landreville*. Il n'y fut pas dit *dot* ou *droits dotaux*, parce que, dans les pays de communauté, les droits dotaux étaient qualifiés de *reprises*, ainsi que je l'ai dit dans la dissertation qu'on voit dans le Traité, au n° 229.

On voudrait éluder la disposition de l'édit pour les pays de droit écrit et pour les Coutumes où la dot était inaliénable, en disant que l'arrêt était seulement rendu pour un pays de communauté; on prétendait que la femme pouvait valablement se dispenser de l'opposition, dès qu'elle avait la faculté de s'obliger. Mais c'était une subtilité qui ne pouvait tenir contre une disposition aussi précise et aussi générale que celle de l'art. 17 de l'édit. On ne pouvait comparer une obligation que la femme pouvait faire sous le régime de la communauté, avec l'autorisation de son mari, à une *omission* d'opposition : l'effet de celle-ci était différent sous plusieurs rapports.

Si la Cour de cassation n'a pas appliqué l'art. 17 de l'édit de 1771 dans le sens dans lequel je viens de m'expliquer, c'est seulement pour le ressort de quelques parlemens qui s'étaient refusés à exécuter l'édit de 1771, en cette partie. Cette Cour jugeait en principe que la jurisprudence uniforme et constante d'un parlement, tenait lieu de loi dans son ressort; qu'elle y était une loi vivante. Voyez un arrêt de la Cour de cassation, du 23 prairial an 13, section civile, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots : *Lettres de ratification*, n° 2. C'est encore une exception qui confirme la règle.

je puis dire une spéculation, dans la force du mot, de l'hypothèque légale de la femme sur certains immeubles du mari, sur lesquels l'assiette de cette hypothèque légale sera restreinte, de manière que tous les autres immeubles du mari seront libres, et ce sera sur ces derniers immeubles que le prêteur pourra prendre, avec sûreté, une hypothèque spéciale. Ils pourront même, selon leur valeur, faire face à plusieurs emprunteurs, et devenir la matière de plusieurs hypothèques qui pourront ne pas se nuire réciproquement.

Les articles 2140, jusques et compris l'art. 2144 du Code civil, fournissent tous ces moyens. D'après le premier de ces articles, le mari peut avoir pris cette précaution par son contrat de mariage même. Si cela n'a pas été ou n'a pu être fait, d'après la modicité de sa fortune, lorsqu'il s'est marié, la précaution peut être prise également dans le cours du mariage, en conséquence des autres articles, et les frais en sont peu considérables. Tout cela est commun aux maris, et aux tuteurs de mineurs ou d'interdits. Si, relativement au mari, tous ces moyens deviennent impossibles par suite du montant des droits de la femme, comparé à la valeur des biens, alors le mari se trouvera dans l'heureuse impossibilité de tromper; et personne ne sera induit en erreur. Dira-t-on que toutes ces formes sont gênantes pour un mari, pour un tuteur? Mais alors, d'un côté, qu'on s'abstienne d'emprunter, et, de l'autre, de prêter, et on ne verra plus de procès qui attestent des calamités qui tirent leur origine de ce défaut de précaution. La loi n'a pu et n'a dû protéger que des spéculations faites dans des vues sages et droites.

On a rappelé l'hypothèque judiciaire, à l'appui du croisement nuisible d'hypothèques légales et générales avec les hypothèques spéciales; mais il est de la nature même de l'hypothèque judiciaire qu'elle soit générale. Veut-on la considérer sous le rapport de l'intérêt particulier du créancier qui a cette hypothèque? il a pu, avant de prêter, avoir les mêmes renseignemens que tout créancier quelconque, qui prête avec une hypothèque spéciale. Regarde-t-on cette hypothèque judiciaire sous le rapport de l'intérêt des autres créanciers ou des acquéreurs? elle ne peut les induire en erreur : outre qu'elle peut être réduite, elle doit être publique par l'inscription.

Les mêmes observations s'appliquent à l'hypothèque sur les biens à

venir, autorisée par l'art. 2130 du Code civil. Les tiers ne peuvent être trompés à cet égard, puisque les biens qui viennent dans la suite au débiteur, doivent être grevés d'inscription à mesure qu'ils entrent dans sa fortune.

Le point essentiel est que les hypothèques, soit spéciales, soit judiciaires, puissent être établies sur des immeubles libres qui ne soient plus en point de contact avec des hypothèques légales, lorque d'autres immeubles seront particulièrement affectés à ces hypothèques. Or, il a été démontré que la loi procure ces avantages.

On a déjà vu que s'il y a des hypothèques qui doivent être nécessairement publiques par l'inscription, dès l'instant qu'elles sont constituées, les autres, qui paraissent en être affranchies, deviennent également publiques, lorsque des tiers, dans leur l'intérêt, provoquent cette publicité.

Il y a encore des hypothèques légales, autres que celles des femmes, des mineurs et des interdits : ces hypothèques concernent principalement les comptables; mais elles sont soumises à la formalité de l'inscription, et dès lors il est aisé de sentir que les tiers ne peuvent, à l'occasion de ces hypothèques, être induits dans des erreurs qui leur soient préjudiciables.

§ III. *Quels sont les inconvéniens de la* SPÉCIALITÉ, *telle qu'elle est organisée par la loi, et quels sont les moyens d'y remédier?*

Ici j'arrive à des imperfections qui se trouvent dans la loi. Ces imperfections portent sur des détails; mais les détails sont très importans quand il s'agit d'une loi dont l'exécution, par exception à toutes les autres, devient une espèce de jeu mécanique qui peut être facilement embarrassée par la superfluité ou par le défaut de justesse d'un des ressorts.

Ce qui me permet d'être court, c'est l'ouvrage que M. Hua, actuellement avocat général à la Cour de cassation, a fait paraître en 1812. Il a été lu avec intérêt, et il méritait de l'être, quoiqu'il ne concerne principalement que ce qui tient à la spécialité [1]. Je me bornerai donc à quelques observations.

[1] L'ouvrage est intitulé : *De la nécessité et des moyens de perfectionner la législation hypothécaire.*

La *publicité* de l'hypothèque faisait nécessairement recourir à la *spécialité,* c'est-à-dire, à une application déterminée de l'hypothèque, qui fût telle que l'on pût facilement reconnaître les immeubles qui y seraient affectés. Mais par l'effet d'un scrupule minutieux, qui fut porté au delà d'une juste mesure, on établit plus de moyens qu'il n'en fallait pour faire connaître les hypothèques, et on ne put obtenir cette surabondance excessive et inutile, qu'à l'aide de formes sur lesquelles il était facile de commettre des erreurs qui étaient punies par la déchéance d'un droit dont la conservation était le principal but de la loi.

S'agissait-il d'hypothéquer un bien composé de plusieurs corps de domaines ou de parcelles d'héritages, on crut qu'il n'y aurait pas une hypothèque spéciale qui répondît au vœu de la loi, si chacune de ces parties n'était pas comprise dans la soumission à l'hypothèque. Un particulier aurait hypothéqué, dans le fait, tous ses biens présens; mais cette énonciation même, quoiqu'on eût indiqué l'arrondissement dans lequel ils étaient situés, n'eût pas suffi; il faillait une hypothèque de chacun de ces biens nominativement [1].

La loi voulut l'indication de l'espèce et de la situation des biens [2].

Ces mots seuls, *espèce, situation,* ont été la source d'une infinité de procès. On sent, en effet, jusqu'à quel point l'esprit d'argutie peut s'exercer quand on veut exiger, en accumulant des détails très inutiles pour la bonne foi, toutes les explications relatives à la connaissance de l'*espèce* et de la *situation* d'un immeuble.

Il est cependant bien sensible qu'il y aurait une connaissance suffisante pour des tiers, quand un particulier hypothéquerait, sous une dénomination générale, tous les biens qu'il possède, quelque part qu'ils soient, et quand le créancier prendrait une inscription dans chacun des arrondissemens où il saurait qu'ils sont situés. Voilà, si l'on veut, une hypothèque générale de biens présens; mais pourquoi exiger un autre mode, si celui-ci est conforme aux intentions des contractans, et remplit le vœu de la loi? Il y aurait toujours une hypothèque, et une hypothèque connue sans équivoque. Celui qui, après l'inscription d'une telle hypothèque, voudrait prêter au même débiteur, n'aurait

[1] Art. 2129 du Code civil.
[2] Art. 2148, n° 5, du Code civil.

qu'à faire un raisonnement bien simple pour savoir s'il a ses sûretés : il n'aurait qu'à savoir dans quel arrondissement serait le fonds qu'on voudrait lui hypothéquer, et consulter les registres du conservateur des hypothèques de l'arrondissement de la situation. Dès qu'il saurait qu'il y a une inscription sur les biens situés dans cet arrondissement, il aurait la certitude que le fonds qu'on lui présente pour gage de sa créance, est déja soumis à d'autres hypothèques.

Au surplus, je n'entends pas dire qu'il n'ait pas été utile de déterminer plus particulièrement la spécialité de l'hypothèque : mais ayant pris, par forme d'exemple, la plus grande latitude, comme il me paraît démontré que, dans cette latitude même, il n'y aurait aucun inconvénient pour parvenir à la connaissance de l'hypothèque avec son application aux fonds hypothéqués, je fais sentir combien on peut diminuer les formes dont on s'est fait une nécessité.

Examinons maintenant le cas où l'emprunteur voudrait, dans son intérêt, et du consentement de celui qui prête, choisir le mode de l'hypothèque nominativement et taxativement spéciale. S'agirait-il, en divisant la fortune de l'emprunteur, d'hypothéquer un bien formant un corps de ferme contigu ou composé de parcelles éparses? il pourrait le faire sans recourir aux précautions qui paraissent indiquées par la loi actuelle, en énonçant le nom particulier du domaine, la commune et l'arrondissement de sa situation. Y aurait-il à s'y méprendre, d'après l'inscription qui contiendrait la même énonciation?

Mais serait-il question d'une seule parcelle d'héritage? alors la spécialité, rigoureusement entendue, devra être observée, parce qu'elle sera le seul moyen de faire connaître le fonds hypothéqué. C'est dans ce cas seulement qu'il faudra énoncer la contenance et l'espèce, et faire connaître la situation par la mention des tenans et aboutissans, ou, au moins, de quelques-uns, et par celle de la commune et de l'arrondissement. Que l'espèce varie, n'importe ; l'espèce, à l'époque de l'inscription, pourrait toujours être connue, et la mention des tenans et aboutissans ne laisserait plus de doute.

Ainsi le vice de la loi actuelle en cette partie, dérive de ce que l'on a rendu la spécialité forcée dans tous les cas, au lieu d'en laisser l'exercice facultatif, selon l'intérêt des parties; de ce que l'on a vu dans les moyens de faire connaître les objets hypothéqués, plus de difficulté

qu'il n'y en avait réellement. Laissons plus ou moins généraliser, plus ou moins particulariser ou spécialiser; veillons seulement à ce que l'on ne puisse, sans mauvaise foi, rester dans l'incertitude sur l'assiette des hypothèques.

Ce n'est pas tout : les formes sont devenues plus nombreuses et plus rigoureuses, lorsqu'il a été question d'énoncer, dans l'inscription, les nom et prénom du débiteur, sa profession, s'il en a une, son domicile, la date et la nature du titre, et l'époque de l'exigibilité.

Les erreurs ou les inadvertances dont il est si difficile de se préserver, lorsqu'on en est à l'observation de tant de formes, surtout lorsque les tribunaux avaient cru devoir appliquer à leur omission la peine de *nullité,* ont été si désastreuses, que l'esprit protecteur des transactions, et conservateur des droits et des propriétés, dans lequel la loi a été conçue, avait presque disparu, et qu'elle se montrait sous l'aspect d'une sévérité que le législateur ne déploie que contre ce qu'il n'admet qu'à regret.

Tout se réduit cependant à simplifier les formes de manière que l'on ne puisse pas soutenir raisonnablement que, d'après les termes de l'inscription, le débiteur, le créancier, le montant de la créance, et l'objet hypothéqué n'aient pas été connus. M. Hua a parfaitement exposé les moyens de remédier à ces inconvéniens; et on doit lui rendre cette justice, de dire que ses observations, par les impressions qu'elles firent sur l'esprit des magistrats, contribuèrent à amener les sages modifications apportées par une seconde jurisprudence, à celle qui s'était formée auparavant. Voyez le Traité, *n° 70 et suivans, tom.* 1er, *pag.* 144. On peut dire que ces cas sont du nombre de ceux sur lesquels la jurisprudence peut le plus exercer son empire, parce qu'ils sont le plus susceptibles d'interprétation. Cependant, si la loi était revisée, le législateur pourrait y prescrire des règles plus positives; et la jurisprudence qui existe actuellement donnerait des moyens de l'améliorer.

§ IV. *Est-on fondé à critiquer la nécessité de payer toutes dettes exigibles ou non exigibles, imposée par l'art.* 2184 *du Code civil, à tout acquéreur qui veut purger, au lieu de le faire participer*

aux termes accordés au débiteur, ainsi que le voulait l'art. 30 *de la loi de brumaire?*

Plusieurs personnes ont manifesté du regret de voir remplacer les dispositions de l'art. 30 de la loi de brumaire, par celles de l'art. 2184 du Code civil. La faculté de se libérer à longs termes, ou de pouvoir s'acquitter par la prestation d'une rente, facilite, dit-on, les acquisitions, et tourne au profit de celui qui est obligé de vendre, parce qu'elle provoque ordinairement une élévation du prix de la vente. Aussi, continue-t-on, l'abolition de l'art. 30 de la loi de brumaire, qui avait voulu que l'acquéreur, malgré la transcription et la purgation des hypothèques, pût se libérer de la même manière que le vendeur aurait pu le faire, a souvent produit de mauvais effets.

Les critiques verraient dans le retour aux principes de la loi de brumaire, un avantage pour les débiteurs obérés, qui sont obligés de vendre; il n'en résulterait point la diminution du gage du créancier; celui-ci demeurerait dans la position où d'anciennes conventions l'ont placé, de laquelle il serait injuste de le tirer. Le créancier conserverait toujours ses avantages; son hypothèque continuerait d'être assise sur tout ce qui en est grevé; de plus, non seulement il conserverait son action personnelle contre le débiteur qui a vendu, mais encore il acquerrait contre celui qui achèterait une autre action personnelle.

Le vendeur seul est grevé par la permission qu'il accorde à l'acquéreur de profiter des circonstances avantageuses dans lesquelles il se trouve sur le terme du paiement, ou sur la non exigibilité de la créance, puisque, malgré la vente, il demeure toujours soumis à l'action envers le créancier. Mais si cet état de choses entre dans son intérêt, pourquoi le lui interdire?

Enfin, ceux qui sont dans cette opinion, pourraient se fonder sur l'avis d'un des plus savans et des plus judicieux jurisconsultes du seizième siècle, qui s'explique pour le cas même de l'ancien décret forcé, qui est celui dans lequel les plus fortes difficultés pouvaient se présenter. Je crois qu'il n'est pas inutile de rapporter les termes de ce jurisconsulte.

Après avoir examiné la question sous tous les rapports, il démontre qu'il n'y avait aucune raison pour faire résulter du décret la nécessité

du rachat des rentes, que la partie saisie y avait seule intérêt, et non le créancier de la rente, *pour ce qu'il aura désormais deux obligés pour un*. Il observe que, quoique jusqu'à son temps la nécessité du rachat, à raison du décret, se fût pratiquée, *ce n'était que faute de s'en être advisé. Or, ne s'en est-on pas advisé faute d'avoir pris garde de près à la cause de ce requiert forcé?*

Il conclut ainsi : « Mais principalement à présent que l'argent est « rare, et que plusieurs enchériraient volontiers, à plus haut prix, les « héritages qu'on décrète, s'ils pensaient être quittes de faire rente de « leur adjudication, j'estime que c'est un bon expédient pour les pau- « vres débiteurs, afin de faire mieux vendre leurs héritages, de pré- « senter requête à ce que les adjudicataires fussent reçus à continuer « les rentes, desquelles eux demeureraient toujours obligés; déclarant « qu'ils se contentent d'avoir leur indemnité et recours sur les biens « des adjudicataires, au cas que si après ils seraient inquiétés par le « créancier, pour raison de rente : *ce qu'on ne peut, à mon avis, jus- « tement dénier*[1]. »

Mais, malgré tous ces raisonnemens que j'ai vu soutenir avec force, je pense qu'on doit laisser subsister le principe admis par la loi actuelle. Suivant une ancienne jurisprudence, le décret forcé, le décret volontaire donnaient lieu au remboursement de toutes les dettes exigibles seulement à termes, et encore des capitaux des rentes. Cette même jurisprudence s'était continuée sous l'empire de l'édit de 1771, par rapport à l'effet des lettres de ratification; et elle était le résultat de nombreuses difficultés que l'expérience avait fait connaître, et d'après laquelle l'opinion isolée de Loyseau n'avait point été admise.

Cette opinion n'aurait guère pu être mise en pratique que dans le cas où l'objet vendu eût été grevé de la seule hypothèque relative à la créance non exigible. Mais hors ce cas, et dans un concours de créances exigibles, et non exigibles, les difficultés se présentaient sous une infinité de rapports. Les créanciers dont les créances étaient à termes, ou consistaient en rentes, mais qui étaient antérieures en hypothèque, pouvoient-ils voir de bon œil que des créanciers postérieurs, mais par cela seul que leurs créances étaient exigibles, fussent payés

[1] Loyseau, *du déguerpissement*, *chap.* 9 *nos* 4, 5, 6, 7, *et suivans.*

avant eux sur le prix de l'objet vendu? Que de risques à courir, que de mesures à prendre pour assurer la rentrée des créances non exigibles.

D'ailleurs, le retour, en cette partie, aux principes de la loi de brumaire, impliquerait contradiction. Le but de tout régime hypothécaire est de détacher les hypothèques du fonds, et de les convertir en actions sur le prix. Or, cette règle doit être générale; l'effet de la transcription et de la purgation des hypothèques doit être un et indivisible à l'égard de tous créanciers inscrits; sans quoi on pourrait dire, avec plus de fondement qu'on ne l'a dit sur d'autres points, que ce serait multiplier des exceptions embarrassantes.

Enfin on retombe ordinairement sur cette matière, dans l'un ou l'autre des cas imprévus par les articles 1912 et 1913 du Code civil. Ils veulent que le capital de la rente constituée et perpétuelle devienne exigible, si le débiteur manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat, s'il tombe en état de faillite ou de déconfiture. Admettre l'idée que j'ai cru devoir combattre, ce serait détruire la concordance qui doit nécessairement exister entre le régime hypothécaire et les autres parties de la législation. Une idée de prétendue perfection sur un point deviendrait le germe d'une multitude de difficultés et de procès.

§ V. *Observations sur l'esprit dans lequel les questions doivent être décidées sur cette matière, en cas de doute.*

Il est difficile qu'il n'y ait pas de divergence d'opinions, surtout en jurisprudence où souvent le champ le plus vaste est ouvert aux interprétations. Cependant, sur la matière des hypothèques, on pourrait mettre au moins quelques bornes à cette divergence, en se tenant à une règle qui paraît incontestable. Cette règle est que, quand il y aurait quelque doute sur la manière d'entendre la loi, dans ce doute même, on devrait pencher pour la publicité, parce que cette publicité est entièrement dans l'esprit de la loi; elle en est le système; elle en fait la base fondamentale. Il est sensible qu'on risque toujours moins de s'égarer. En inclinant pour la publicité, on se décide dans l'intérêt des tiers; et il est hors de doute que, dans les vues du législateur, l'intérêt public est placé dans celui des tiers. Si on néglige le système

de la publicité, alors on peut tomber dans l'inconvénient de protéger principalement des intérêts particuliers, qui ne sont certainement pas l'intérêt public, et qui doivent seulement se coordonner avec ce que le législateur a voulu faire pour la sûreté générale. L'expérience apprend combien il est important, pour la certitude des décisions, d'être pénétré de cette idée [1].

§ VI. *Série des imperfections qui frappent le plus dans la loi nouvelle.*

Ces imperfections sont indépendantes, comme on le jugera facilement, des critiques dirigées depuis long-temps contre la législation actuelle, qui font le sujet de ce qui a été dit jusqu'à présent. Ces imperfections ne portent pas sur les bases fondamentales de cette législation. On peut les faire disparaître en laissant subsister le système dans lequel elle a été conçue. Je vais rappeler ces imperfections; et j'indiquerai à mesure les nos du Traité dans lesquels elles sont remarquées, de manière à s'en former une idée plus précise. J'ai pensé que cette exposition achèverait de donner des notions encore plus utiles sur l'ensemble de la législation relative aux hypothèques, ce qui est l'objet de ce discours.

[1] Il serait possible que cette observation dût s'appliquer à la question de savoir si les répétitions extradotales ou paraphernales des femmes, sont affranchies, ou non, de la formalité de l'inscription; car on ne peut dissimuler que la question ne présente un doute sérieux. Je dois faire ici une observation. Ce discours était déjà composé, l'impression du 2e volume du Traité était presque terminée, lorsque quelques journaux ont annoncé que, par un arrêt du 10 juin 1822, la Cour de cassation avait jugé que l'hypothèque de la femme, pour ses répétitions extradotales, était affranchie de l'inscription, ainsi que l'hypothèque pour la dot même. On voit au no 229 du Traité, *tom.* Ier, *pag.* 482, une dissertation sur cette question, qui se rattache à ce qui y est dit aux nos 227 et 228. J'ai cru devoir me décider pour l'opinion que les répétitions extradotales de la femme sont sujettes à la formalité de l'inscription; que la dot et les conventions matrimoniales en sont seules affranchies. La Cour royale de Riom, 1re chambre, a rendu un arrêt dans les mêmes principes, le 4 mars. Il est rapporté au no 230 du Traité. Au moment où j'écris cette note, l'arrêt de la Cour de cassation n'est pas encore connu; il est seulement annoncé. On ne peut qu'attendre que la jurisprudence devienne positive sur cette importante question.

I. Il est dit dans l'art. 2130 du Code civil : « Si les biens présens et libres du débiteur sont insuffisans pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions. » Il paraît constant, d'après l'opinion générale, que l'inscription de la part du créancier est nécessaire sur les biens *à venir*, dont la loi permet l'hypothèque, à mesure que le débiteur acquiert la propriété de ces biens par des ventes qui lui sont faites, ou autrement.

Mais il profitera rarement de cette faculté de la loi, s'il ne lui est pas accordé un delai à compter de l'époque de l'échéance des biens ou de chaque acquisition qu'en fera le débiteur, pour qu'il puisse prendre son inscription, pendant lequel délai il ne pourrait pas en être pris par d'autres créanciers, à son préjudice. Ce créancier ne peut pas toujours épier le moment où les biens déjà hypothéqués par la convention, arrivent au débiteur. L'édit de 1673, dont il a été parlé dans le § 1er, accordait, *art.* 27, au créancier, dans un cas semblable, un délai pour faire enregistrer son opposition (qui tenait lieu de l'inscription actuelle), à compter du jour de chaque acquisition, ou du jour de chaque échéance des biens. *Voyez tom.* 1er, *n°* 62, *pag.* 134.

II. Il est très important de fixer, en matière d'expropriation forcée, l'époque à laquelle l'inscription a atteint son effet légal, de manière qu'après cette époque, le renouvellement de l'inscription devienne inutile. Cet effet légal est-il atteint dès l'instant de l'adjudication, ou seulement à l'époque de l'ouverture de l'ordre ? La loi garde le silence à cet égard. La question s'est présentée nombre de fois. Les opinions sont partagées. La Cour de cassation n'a point encore prononcé. Tout indique que le renouvellement de l'inscription devient inutile après l'adjudication. On ne pourrait vouloir qu'avec peine une avance des frais de nouvelles inscriptions, surtout sans nécessité. Cette difficulté mérite l'attention du législateur. *Voyez les n°s* 108, 109 *et* 110, *pag.* 224 *et* 225.

III. Suivant l'art. 2146 du Code civil, toute inscription est nulle si elle est prise sur une succession acceptée, dans la suite, sous bénéfice d'inventaire. Ce principe, qui paraît n'avoir eu pour objet que des successions échues à des majeurs, doit-il être appliqué aux successions

échues aux mineurs? Lorsque des successions leur arrivent, l'art. 461 veut qu'elles ne puissent jamais être acceptées que sous bénéfice d'inventaire, si le tuteur n'est pas autorisé à répudier. Lorsque la répudiation n'est pas autorisée, et si, dès lors, l'acceptation est permise, on ne peut pas dire que la succession soit réputée en état d'insolvabilité ou de déconfiture, état d'où naît le principe de la nullité de l'inscription. L'inscription sur les biens échus par succession aux mineurs, doit donc alors être autorisée. Cependant il y a, à ce sujet, incertitude et division d'opinions. Ce point mérite l'attention du législateur. Il est important de ne pas donner lieu, surtout sans nécessité, à l'impossibilité de s'inscrire de la part des créanciers, et de ne pas multiplier les déchéances des hypothèques. *Voyez le n°* 122, *p.* 253.

IV. La législation et la jurisprudence présentent depuis long-temps des variations sur l'autorité que doivent avoir en France, tant sous le rapport de l'exécution que de l'hypothèque, les jugemens rendus dans les pays étrangers, entre un habitant de ces pays et un Français. D'après l'état de la législation actuelle, il paraît que la faculté de se pourvoir en révision de ces jugemens devant un tribunal français, appartient respectivement à l'étranger et au Français, tandis qu'auparavant cette faculté n'appartenait qu'au Français qui avait été condamné.

Cet état de choses présente de graves inconvéniens, même pour les Français dont les prétentions ont été accueillies par le jugement rendu en pays étranger. N'entrerait-il pas dans les vues d'une saine législation que les jugemens rendus en pays étrangers fussent toujours stables, quant à ce qui aurait été jugé, sauf les mesures infiniment simples qui devraient être prises pour établir un mode d'exécution de ces jugemens en France, et pour leur attribuer l'hypothèque sur les immeubles situés dans son territoire? J'ai cru devoir soumettre au législateur quelques réflexions morales et politiques à ce sujet. *Voyez le n°* 222, *pag.* 462.

V. L'affranchissement de l'inscription accordée aux hypothèques légales des femmes et à celles des mineurs, devrait cesser lorsque les femmes deviennent veuves, ou lorsque les mineurs deviennent majeurs. Il devrait en être de même de leurs héritiers. L'effet doit cesser avec la cause. Cependant, d'après un avis du Conseil d'état, du

8 mai 1812, on doit observer, pour la purgation des hypothèques dans tous ces cas, et on observe en effet, les mêmes formalités que s'il s'agissait de purger les hypothèques légales à l'égard d'une femme qui vivrait encore, et qui serait dans les liens du mariage, ou de mineurs qui seraient encore dans les liens de la minorité. Les mêmes formalités s'observent aussi à l'égard des héritiers, soit de la femme, soit des mineurs. On sent facilement que ces formes deviennent, dans tous ces cas, d'après l'esprit même de la loi, absolument inutiles et sans objet; mais elles sont très dispendieuses. L'idée même de l'inutilité de ces formalités, dans de telles circonstances, peut donner lieu à des surprises fâcheuses pour des tiers détenteurs. Une réforme devient indispensable sur cette partie. *Voyez le n° 245, pag. 524 et suiv.*

VI. C'est une question dont la solution est très difficile, que celle de savoir si le tiers détenteur qui ne veut pas purger et qui préfère le délaissement par hypothèque au paiement de la créance, a, ou non, le droit de rétention sur l'immeuble, pour les impenses et améliorations qu'il y a faites, ou si, au contraire, il n'a qu'un simple droit de répétition pour lequel il doive être renvoyé à l'ordre. Les opinions sont divisées à ce sujet. Le besoin d'une explication législative se fait sentir. On eût pu fixer les opinions par une légère addition à l'art. 2175 du Code civil. *Voyez le tom. II, n°s 336 et 337, pag. 83 et 88.*

VII. J'en suis à une partie de la législation, sur laquelle la nécessité d'une amélioration se fait le plus fortement remarquer. Il s'agit du mode de publicité des actes translatifs de propriété, à l'égard des créanciers qui doivent exercer leur hypothèque ou leur privilége d'après la connaissance qui doit leur être procurée de ces actes.

Il y a un double mode de publicité de ces actes d'aliénation d'immeuble, tandis qu'un seul suffirait, parce qu'il aurait le même objet, et qu'il atteindrait le même but. La transcription du contrat d'aliénation sur les registres du conservateur des hypothèques est nécessaire, relativement aux hypothèques ordinaires; *article* 2181. Le simple dépôt du contrat au greffe, et l'affiche dans l'auditoire, sans transcription préalable, sont prescrits particulièrement pour les hypothèques légales; *art.* 2194. Il y a plus, c'est qu'il y a des cas où l'un et l'autre mode de publicité deviennent cumulativement indispensables. De là naissent des difficultés qui embarrassent sur plusieurs parties du ré-

gime hypothécaire, et qui deviennent journellement le sujet de questions sérieuses dans les tribunaux.

D'abord le délai de quinzaine à compter de la transcription du contrat d'aliénation sur les registres du conservateur, dans lequel les créanciers doivent se faire inscrire, est évidemment insuffisant. Cette insuffisance devient encore plus insensible, lorsqu'on fait attention que la transcription est un acte purement matériel, qui demeure caché dans les registres du conservateur.

Quant aux hypothèques légales, on aperçoit des lacunes dans la loi. On s'est presque arrêté à la publicité de l'acte translatif de propriété, qui résulte de l'affiche dans l'auditoire. On a négligé d'expliquer quel serait l'effet du silence des créanciers avec hypothèques légales. Cette affiche suffisait-elle pour provoquer des enchères, ainsi que l'inscription, dans les deux mois à compter de l'affiche? Il a fallu se décider en se livrant à de pénibles interprétations, et en recourant à des analogies. L'inscription pour ces hypothèques légales doit arriver; mais on peut croire que l'absence de l'inscription profite seulement au nouveau propriétaire, en ce sens que l'immeuble demeure affranchi, en ses mains, des hypothèques légales, et il est resté la question de savoir si le défaut d'inscription dans les deux mois de l'affiche, profite aux créanciers, c'est-à-dire, si, malgré le défaut d'inscription dans ce délai, les créanciers avec hypothèques légales ne peuvent pas venir prendre part à l'ordre concurremment avec les autres créanciers. La question a bien été récemment décidée, contre la femme qui n'avait pas pris inscription, par un arrêt de la Cour de cassation, du 21 novembre 1821; mais c'est seulement pour le cas de l'expropriation forcée, et la difficulté reste pour tous les autres cas.

Enfin, il y a des privilèges tels que ceux énoncés dans l'art. 2101, qui sont affranchis de l'inscription; *art.* 2107. Mêmes embarras de la part des nouveaux propriétaires pour provoquer les inscriptions et les enchères de ces créanciers, et pour déterminer l'effet du défaut d'inscription à l'égard des autres créanciers, lorsqu'on vient à l'ordre. Sans doute, il faut surmonter ces difficultés; mais combien d'efforts pénibles et d'un succès douteux, le législateur n'aurait-il pas dû épargner?

Pénétré comme je l'étais des inconvéniens graves qui résultent de ces lacunes, j'ai cru pouvoir soumettre au législateur des aperçus sur

un mode uniforme de publicité, qui devrait être suivi dans un délai déterminé, des inscriptions de tous créanciers quelconques, et même des enchères. Cette idée est puisée dans l'édit de 1771, dont on voit une imitation dans l'article 2194. On peut profiter de ce que cet édit avait prescrit pour la publicité seulement de l'acte d'aliénation, sans déroger au principe fondamental de la publicité de l'hypothèque.

On verra ces aperçus au 2e vol., nº 352, pag. 121. Toutes les difficultés qui font désirer un mode uniforme de faire connaître l'acte d'aliénation, sont annoncées dans plusieurs autres parties du Traité, et notamment aux nos 266, 457 et 490.

VIII. J'arrive enfin à un autre objet de réforme qui est de la plus grande importance. On doit être étonné que, sous un régime hypothécaire, il y ait des priviléges ou hypothèques qui ne puissent point être purgés. C'est cependant ce qui a lieu, quant au privilége, pour les prix de ventes d'immeubles, moins peut-être par une conséquence de notre législation, que par le résultat d'une jurisprudence qui s'est formée. Que le vendeur prenne, ou non, une inscription pour le prix de la vente, il peut toujours, à défaut de paiement de ce prix, et en quelque état que soient les choses, demander la résolution de la vente et la revendication de l'immeuble vendu. Il en résulte qu'un acquéreur refuse de se libérer du prix, à moins qu'on ne lui rapporte les quittances des prix des anciennes ventes, ce qui peut remonter de quarante à cinquante ans, et même plus. Les vendeurs en éprouvent les plus graves inconvéniens, surtout dans les classes inférieures où les titres de propriété et de libération sont moins soigneusement conservés. Des mesures deviennent indispensables pour concilier les intérêts des acquéreurs avec ceux des vendeurs. Voyez ce qui est dit au nº 382, *tom. II, pag.* 216. Les mesures à prendre, dans ce cas, se rattachent aux aperçus indiqués au nº 352, sur la nécessité d'un mode uniforme de publicité des actes translatifs de propriété.

Il y a sans doute d'autres dispositions de la loi sur lesquelles il existe des imperfections. On pourra apercevoir ces imperfections dans le cours du Traité : mais dans ce discours je me borne à rappeler les plus importantes.

Il est possible que dans l'ouvrage on remarque des longueurs sur certains points. Mais je dois dire que la matière est, de sa nature, très

abstraite et très compliquée. J'ajouterai que j'avais tâché de rendre quelques parties plus brièvement, en conservant néanmoins le travail plus étendu que j'avais fait auparavant. Je m'étais expliqué, dans ce qui était traité plus laconiquement, d'après ces données que je supposais être généralement connues, et je visais, autant qu'il était en moi, au mérite de la concision, qui donne toujours du prix aux ouvrages de composition. Mais une personne éclairée que je priai de lire une partie où j'avais tâché d'être serré et rapide, m'avoua franchement qu'elle n'y comprenait rien : et cette même personne ayant ensuite lu ce que j'avais précédemment composé sur la même matière avec plus d'étendue, et que je rejetais moi-même, m'assura et me prouva qu'elle entendait parfaitement tout ce que j'y disais; elle me conseilla de donner la préférence à ma première rédaction. Cela m'est arrivé, notamment pour la section II[e] du chap. I[er] de la II[e] partie, où il y a quelques dissertations sur des objets sur lesquels on ne peut se faire comprendre qu'avec beaucoup de soin. On sent que je dus déférer au conseil qui m'était donné. Cependant, il se peut que je me sois un peu trop autorisé de cette circonstance pour éviter quelquefois la peine d'être plus court, et pour me dispenser d'y employer le temps nécessaire.

Si on désirait que j'eusse traité un plus grand nombre de questions, et surtout en ce qui regarde l'expropriation forcée, je pourrais observer que j'ai dû me borner à examiner tout ce qui m'a paru être le plus essentiel sur le droit hypothécaire proprement dit; que je donne au public un Traité *des hypothèques*, et non un Traité de *l'expropriation forcée*, ce qui est une matière différente; que néanmoins, sur cette matière même, j'ai traité des questions assez importantes.

J'ai fait mon possible pour que cet ouvrage fût utile; c'est au public à juger si j'ai atteint mon but. J'ose cependant espérer qu'il pourra aider à en faire un meilleur.

FIN DU DISCOURS PRÉLIMINAIRE.

TRAITÉ

DES

HYPOTHÈQUES.

1. Je diviserai cet ouvrage en deux parties.

Dans la première, je dirai quelles sont les différentes espèces d'hypothèques, comment elles se constituent et se conservent, et comment elles peuvent être modifiées et réduites. J'y traiterai des priviléges sur les meubles.

La seconde partie aura pour objet les moyens de purger les hypothèques et les priviléges sur les immeubles, soit dans le cas de la vente volontaire suivie de la transcription, soit dans le cas de l'expropriation forcée suivie d'adjudication. On y verra aussi la manière dont les priviléges et les hypothèques s'éteignent, abstraction faite des moyens de les purger.

PREMIÈRE PARTIE.

Des différentes espèces d'hypothèques; de la manière dont elles se constituent, dont elles se conservent et se modifient. Des priviléges sur les meubles.

2. Je sous-diviserai ce que j'aurai à dire sur cette première partie, en quatre chapitres. Je m'occuperai,

1° De l'hypothèque conventionnelle;

2° De l'hypothèque judiciaire;

3° Des hypothèques légales;

4° Des priviléges sur les meubles.

Je renvoie ce que j'aurai à dire concernant les priviléges sur les immeubles, à la seconde partie; j'en traiterai à la suite des principes généraux sur la transcription : cette méthode facilitera l'intelligence des principes que je développerai, et évitera des répétitions [1].

[1] Qu'on ne soit pas étonné de ce que, dans ce Traité, je ne suis pas, sur la nature des hypothèques, l'ordre établi par le Code civil. Il y est dit dans une division générale, *art.* 2116, que l'hypothèque est ou *légale*, ou *judiciaire*, ou *conventionnelle*. La loi ordonne : un traité enseigne. Or, sous ces deux rapports, un ordre ne peut ni ne doit être le même.

L'hypothèque conventionnelle rappelle en général tous les contrats, toutes les transactions sociales. Elle est sans contredit, celle dont l'usage est plus fréquent. Ses principes sont les principes généraux. Dans l'hypothèque légale, on est presque toujours soumis aux principes de l'hypothèque conventionnelle; l'empire de ces principes ne disparaît que

CHAPITRE PREMIER.

DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE.

SOMMAIRE.

3. *Trois espèces principales d'hypothèques.*
4. *Définition de l'hypothèque.*
5. *De l'hypothèque conventionnelle sous ses rapports principaux.*

3. Les trois espèces principales d'hypothèques ont toujours été, dans le droit romain, comme dans notre droit français qui en tire son origine, l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque judiciaire, et l'hypothèque légale. On sent, en effet, par rapport à l'hypothèque judiciaire, que quoiqu'on n'ait pas la ressource d'une stipulation d'hypothèque établie par un contrat, on peut n'être pas moins créancier, et qu'on est fondé à obtenir dans les tribunaux une condamnation qui supplée au défaut de convention, ou qui ordonnerait l'exécution d'une convention qui ne serait point authentique, et qui, dès lors, ne serait point attributive d'hypothèque. On comprend encore, relativement à l'hypothèque légale, qu'il y a dans la société civile des actes infiniment importans, qui, sans être précisément accompagnés de convention et de contrat, produisent néanmoins, par leur nature, des obligations; et ces obligations sont souvent celles qui méritent le plus d'être protégées. Alors il devient juste que l'hypothèque, pour la sûreté de ces engagemens, émane du ministère même de la loi. *Causa efficiens pignoris*, nous disent les lois romaines, *est aut voluntas hominum, aut lex, aut magistratus.*

4. C'est ici le lieu où je dois donner une définition de l'hypothèque; je dois le faire avant de traiter chacune des hypothèques en particulier, parce que cette définition est commune à toutes les hypothèques. Il est important de la fixer avec exactitude. On verra en effet, dans la suite, que la solution de plusieurs questions se puise dans la jutsesse de la définition.

Pour avoir une définition parfaitement exacte et complète de l'hypothèque, selon le droit romain, il faut la prendre partiellement dans plusieurs lois; elle ne se trouve entièrement dans aucune. Neguzantins, jurisconsulte italien, qui a fait, dans le seizième siècle, un traité estimé sur cette matière, et surtout sous le rapport des principes du droit romain, lequel traité a pour titre : *De pignoribus et hypothecis*, a extrait de ces lois une définition dont l'exactitude est incontestable. Il la rend en ces termes, 1er *sommaire de de la 1re partie, n° 3 : Et quia hypotheca*

---

pour faire place à des exceptions ou à des modifications. Si l'hypothèque légale prend naissance sans le secours de la convention, ou, pour mieux dire, de la stipulation écrite, parce que la loi supplée à cette convention, à cette stipulation, il est toujours vrai qu'elle ne peut jamais exister, à moins qu'elle ne soit précédée de quelque acte solennel et authentique, dont la vérité ne peut être révoquée en doute dans la société.

Ce que je dis pour l'hypothèque légale s'applique également à l'hypothèque judiciaire, qui prend sa source dans une obligation forcée, qui intervient pour remplacer une obligation qui aurait dû être volontaire. La même application se fait aux priviléges, qui ne sont, au fond, que des hypothèques favorisées, on peut même dire privilégiées. La cause qui les fait naître leur attribue cette prérogative; elle les affranchit de l'empire du temps qui fixe le rang des hypothèques ordinaires. Les priviléges dérivent *ex causâ*, non *ex tempore*. Mais les principes par lesquels on les conserve se rattachent, plus ou moins, aux principes généraux.

On peut donc dire que l'hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire, et même les priviléges, sont, respectivement à l'hypothèque conventionnelle, ce que les exceptions sont à la règle; qu'elles sont, par rapport à l'hypothèque qui met le sceau aux obligations en général, qui en assure l'effet, ce que les espèces sont au genre. Or, les exceptions se comprennent plus facilement, lorsque la règle est connue. Quand on arrive aux exceptions, on part de principes déjà développés; l'esprit est préparé d'avance à se former des idées justes sur la nature et l'objet de ces exceptions, et on évite nécessairement des répétitions. Ceux qui prendraient la peine de lire ce Traité, de suite, seraient convaincus de la vérité de ce que je viens de dire.

constituitur desuper rebus, *ideò dicitur*, *jus in re*, *seu jus reale vel actio realis*, *quia per illam non obligatur persona debitoris*, *sed res*, *et sequitur fundum et datur contra possessionem*. Le fondement de cette définition se tire de la loi *Eos*, au Cod. *qui pot. in pign. hab.*; de la loi *Pignoris*, aussi au Cod. *de pign.*; de la loi *Pignoris*, ff., même titre *de pign.* des institutes, *de act.*, § *item*, *serviana*, et de la loi *Si fundus*, § *in vendicatione*, ff. *de pign.*

Basnage, *Traité des hypothèques*, *ch.* 6, avait, quoique ce fût seulement d'après deux des lois ci-dessus citées, réduit ainsi la définition de l'hypothèque : *Jus reale quod fundum sequitur adversùs quemcumque possessorem.* Cette définition approche de celle de Neguzantius, mais elle n'est pas aussi parfaite, et elle ne fournit pas des idées aussi étendues et aussi utiles pour la décision de beaucoup de questions. Mais il dit ensuite de l'hypothèque, ce qu'il n'est pas inutile de recueillir, *qu'étant une fois valablement contractée*, *elle affecte tellement le fonds*, *que le débiteur ne le peut plus engager au préjudice du premier créancier hypothécaire.* Pothier, introd. au tit. 20 de la Coutume d'Orléans, nos 1 et 22, dit que l'hypothèque est un droit *dans la chose*, ce qui est le *jus in re*. Toutes ces définitions reviennent à celle qui est contenue dans l'art. 2114 du Code civil, et elles l'ont même préparée : « L'hypothèque est *un droit réel* sur les « immeubles *affectés* à l'acquittement « d'une obligation...; elle les suit dans « quelques mains qu'ils passent. »

On doit donc se défier de plusieurs autres définitions de l'hypothèque; même de celles qu'on trouve dans quelques lois romaines, d'après lesquelles on comprenait sous la dénomination d'*hypothèque* le fonds même qui y était affecté. L'hypothèque est définie ainsi dans ces lois, *res obligationi supposita*; et on voit Cicéron, dans une de ses épîtres, employer en ce sens le mot *hypotheca*, ainsi que j'ai eu occasion de le remarquer dans le Discours préliminaire, § Ier. La définition que je viens de donner présente, seule, la véritable acception légale sous laquelle il faut entendre l'hypothèque. Elle est la seule qui soit propre à la déduction des principes.

Il y a quelque chose à dire de plus sur l'hypothèque, à raison de la *spécialité* et de l'*inscription* qui sont exigées dans notre législation. Mais l'hypothèque ne laisse pas d'avoir son existence de la manière dont je viens de l'exposer. La spécialité n'est qu'une modification de l'assiette de l'hypothèque, qui peut être plus ou moins étendue, selon la volonté des parties contractantes, et l'inscription n'est qu'une formalité extrinsèque propre à donner à l'hypothèque son efficacité à l'égard des tiers. C'est ce que j'expliquerai lorsque j'en serai à la spécialité et à l'inscription[1].

---

[1] Le mot *pignus* est souvent employé dans le droit romain dans le même sens que le mot *hypotheca*. Les livres du Digeste et du Code relatifs à cette matière, ont pour titre, *de pignoribus et hypothecis*; et on lit dans la loi 5, ff. *de pignor. et hypoth.*, § 1er : *Inter pignus autem, et hypothecam tantum nominis sonus differt.* Cependant le mot *pignus* s'appliquait particulièrement au cas de la tradition de l'objet engagé de la part du débiteur, au créancier, surtout si cet objet était une chose mobilière : et le mot *hypotheca* exprimait plus proprement l'engagement de la chose par le pacte ou la une convention sans tradition, lorsque cela put se faire par le droit romain nouveau, qui dérogea aux anciens usages dont j'ai parlé dans le Discours préliminaire. Relativement au droit français, le mot *pignus* peut être rendu par celui de *nantissement*, qui se fait d'une chose mobilière, et qui devient un contrat qui s'appelle *gage*, d'après l'art. 2072 du Code civil. Ce mot *gage* est la traduction littérale du mot latin *pignus* : si les mots *pignus* et *hypotheca* ont été pris assez indifféremment dans le droit romain pour exprimer ce que nous entendons particulièrement par *hypothèque*, on peut présumer que c'est parce que chez les Romains l'hypothèque proprement dite pouvait frapper sur les meubles comme sur les immeubles; ce qui n'a jamais été admis en France, au moins dans la majeure partie des Coutumes, où les immeubles seuls étaient susceptibles d'hypothèque, et où l'on avait admis la maxime, *meubles n'ont point de suite par hypothèque.*

Il n'est guère personne qui ne sache que le mot *hypotheca* a été emprunté des Grecs par les Romains. Le mot grec ὑποθήκη, rendu par *hypotheca*, est composé de ὑπὸ, *sub*, et de τίθημι, *pono*; aussi ὑποτιθέναι, qui est le passif de ce verbe, signifie *supponor*, *je suis sujet*. *Voyez le Dictionnaire de Trévoux au mot* Hypothèque. On a voulu rendre l'idée d'une chose soumise, sujette à l'obligation. *Quasi dicas supposita*, *subjecta obligationi*, *et obstricta*. Voyez Hotman. *Comm. verb. juris*, verbo *Hypotheca*.

5. Après l'exposition de ces premiers élémens, je vais considérer l'hypothèque conventionnelle sous ses rapports principaux.

Je traiterai, 1° des formes de l'acte par lequel on stipule l'hypothèque, de la nature de la créance pour laquelle on peut la stipuler avec effet; des personnes qui peuvent la donner sur leurs biens.

2° De la nécessité de la détermination de l'hypothèque sur un objet, par la spécialité, et de la nécessité de la rendre publique par l'inscription.

3° Des objets qui sont, ou non, susceptibles d'hypothèque; de l'indivisibilité de l'hypothèque, et de la solidarité qui en résulte.

Tous ces objets feront la matière de trois sections particulières.

SECTION PREMIÈRE.

Des formes de l'acte par lequel on stipule l'hypothèque. Des conventions dans lesquelles il y a, ou non, une hypothèque acquise, qui puisse donner lieu à l'inscription. Des personnes qui peuvent donner une hypothèque.

§ 1er.

Des formes de l'acte par lequel on stipule l'hypothèque.

SOMMAIRE.

6. *Fondement de l'hypothèque chez les Romains et en France. Formalités de l'acte constitutif de l'hypothèque en France.*
7. *Modification apportée à ces formalités, relativement à la loi du 25 ventôse an 11.*
8. *Les contrats de mariage, pour constituer l'hypothèque, doivent être reçus, comme les actes ordinaires, par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins non parens au degré prohibé.*
9. *Cependant un acte peut produire l'hypothèque, sans être passé par-devant notaire. Des actes et des jugemens des autorités administratives.*
10. *Observation essentielle pour la validité de l'hypothèque relativement aux actes faits par les autorités administratives.*
11. *Des actes faits par les administrateurs d'établissemens publics, et par les commissions d'hospices.*
12. *De l'effet des contrats passés en pays étrangers, quant à l'hypothèque en France.*
13. *Principe que l'hypothèque prend sa source dans le droit civil, et non dans le droit des gens.*
14 *De l'ordonnance de 1629; comment elle a été considérée en France.*
15. *Principe du Code civil sur cette matière.*
16. *Résumé de ce qui doit avoir lieu pour les contrats passés en pays étrangers.*
17. *De l'influence du défaut d'enregistrement des actes notariés sur la validité des actes, surtout quant à l'hypothèque.*
18. *Exceptions à la résolution qui vient d'être prise.*
19. *Des qualités requises dans le notaire qui passe l'acte.*

6. On sent facilement que le moyen de donner l'existence à l'hypothèque, sous le rapport des formes, est un point essentiel.

En France, l'hypothèque a toujours eu un fondement plus solide que chez les Romains. Dans leur droit, l'hypothèque tenait à des engagemens bien fragiles : la loi : 4, ff. *de pin. et hypothecis*, apprend, ce qu'on a peine à concevoir actuellement, que l'hypothèque pouvait être établie sur un simple consentement sans écrit, pourvu qu'il pût être prouvé par témoins, ce qui était un reste de la simplicité et de la bonne foi des temps antiques. On n'avait recours à l'écriture, que pour avoir une preuve sûre, et pour rendre inutile la preuve testimoniale qui l'était moins. C'est ce qui avait fait dire à Barthole et à Denis Godefroi sur cette loi : *Scriptura non est de substantiâ contractûs hypothecarii, sed magis fit ad probandum*. La loi 34, au

même titre du Digeste, voulait encore que l'hypothèque pût être contractée par un absent et par lettres.

Mais ce mode de constater l'hypothèque était évidemment trop incertain. On crut y remédier en imposant la nécessité d'établir les hypothèques conventionnelles, ou par des actes publics passés devant les tabellions, ou par des actes sous seing privé, mais faits en présence de témoins signataires, dont le nombre ne pouvait être moindre de trois, qui devaient être connus et dignes de foi; telle est la disposition de la loi 11, au Cod. *qui potiores in pignore habeantur*. C'est ce qui résulte aussi de la novelle 73; et Godefroi, sur cette loi 11, au Cod. *qui potiores*, etc., en donne une raison toute simple, qui est qu'un écrit du seul fait d'un débiteur ne peut rien prouver contre des tiers.

Mais on ne doit pas conclure de là que cet auteur regardât comme suffisant ce mode de constituer l'hypothèque; il s'expliquait seulement dans le sens du droit romain sur lequel il écrivait, et pour le faire connaître. Bien avant l'époque où il vivait, et depuis, on a constamment observé en France que l'hypothèque ne pouvait résulter que des actes authentiques, tels que ceux passés devant notaires, ou d'actes passés sous seing privé; mais seulement lorsque ces derniers actes étaient reconnus volontairement par-devant notaire, ou en justice, soit contradictoirement, soit par défaut. Dans ce dernier cas, il y avait authenticité de la même manière que cette authenticité existe dans les condamnations judiciaires; et ce qui rendit les hypothèques plus stables encore, en excluant les moyens de pratiquer des fraudes par des changemens de dates, ce fut l'établissement du contrôle ou enregistrement (qui est le terme actuel), qui remonte à environ deux siècles. L'hypothèque ne pouvait être attribuée qu'à tout acte qui n'aurait pu être attaqué autrement que par l'inscription en faux [1].

Ces principes ont été maintenus, et avec raison, par le Code civil; il est dit dans l'art. 2127 : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins. » Dans l'art. 2117, le législateur, en donnant une définition de l'hypothèque conventionnelle, par opposition à l'hypothèque légale et à l'hypothèque judiciaire, avait déjà annoncé qu'il était dans sa pensée que l'hypothèque conventionnelle ne résultât pas de toute convention quelconque, mais qu'il fallait encore que cette convention eût les formes qui rendent un acte authentique. « L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats. »

Quant aux actes sous seing privé, les mêmes principes, relativement à l'authenticité, sont consignés dans l'art. 2123. Après les jugemens qui produisent l'hypothèque, le législateur n'attribue le même effet aux actes obligatoires sous seing privé, qu'autant que les signatures qui y sont apposées, sont reconnues ou vérifiées en jugement.

Mais je ne m'occuperai point ici des résultats de cet article 2123, parce qu'il a trait à l'hypothèque judiciaire, et que cette hypothèque doit faire la matière du chapitre suivant; en sorte qu'il ne doit être question en ce moment que de l'hypothèque purement conventionnelle.

---

[1] La connaissance des législations anciennes n'est jamais à négliger, pour l'intelligence de celle sous laquelle on vit. Je crois donc devoir observer qu'il y avait en France quelques exceptions à cette règle. Et par exemple, en Normandie, on n'aurait pas laissé d'avoir une hypothèque en vertu d'un acte qui n'eût été que sous signature privée, pourvu qu'il eût été revêtu de la formalité du contrôle, établi par un édit de 1606, qui était une loi importante, particulière à cette province, ainsi que l'enseigne Basnage, avocat au parlement de Rouen, *Traité des hypothèques, pag.* 135 *et* 139, *édition de* 1702. in-12. Il paraîtrait même, d'après cet auteur, *pag.* 154, que toute obligation, quoiqu'elle ne fût ni contrôlée ne reconnue en justice, portait hypothèque du jour du décès de celui qui l'avait faite. On partait de cette idée, que si l'acte était vrai, ce qui dépendait d'une vérification ordinaire, qui pouvait être faite après la mort de celui qui l'avait souscrit, il était bien certain qu'il avait été fait avant le décès du débiteur; et en se fixant sur cette époque, il était incontestable qu'il n'y avait pas d'antidate. Mais ces expressions étaient tellement restreintes, que la nécessité d'un acte authentique pour la constitution de l'hypothèque, ne laissait pas d'être le droit commun et primitif de la France.

En revenant done sur ce qui concerne cette hypothèque, on sent facilement la conséquence qui résulte des principes qui viennent d'être exposés. C'est que pour sa validité, il faut que l'acte par lequel elle est constituée, et qui doit être passé par-devant notaire, soit revêtu de toutes les formes établies par les lois pour les actes notariés. Je ne crois pas devoir entrer dans l'explication de toutes ces formes, qui sont communes à tous les actes constitutifs d'engagemens. Cette explication conviendrait, plus particulièrement, dans un ouvrage où il s'agirait de traiter des obligations en général.

Je puis donc renvoyer, sur ces formes, aux lois et aux règlemens par lesquels elles sont établies, et notamment à la loi du 25 ventôse an 11, qui est le type de la législation sur cette matière. En effet, elle est la seule qui prescrive des règles sur cette partie importante; et si on ne l'eût pas considérée comme contenant la législation sur les formes constitutives des engagemens, on s'en serait occupé dans d'autres lois, et notamment dans le Code civil, dont la rédaction est postérieure, et qui garde à cet égard un parfait silence. Lorsque le législateur a dit, dans l'art. 2127 du Code civil, que l'ypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins, il est bien sensible qu'il a entendu se référer aux dispositions de cette loi.

7. Il faut cependant faire une remarque relativement à une des formalités établies par l'art. 14 de la même loi, sur laquelle les jurisconsultes, et même plusieurs cours, s'étaient mépris; et il faut convenir que cette méprise était excusable. Il dit, dans cet article, que les actes seront signés par les parties, les témoins, et les notaires qui doivent *en faire mention* à la fin de l'acte. Il paraissait résulter de cette rédaction, que les notaires devaient dire non-seulement que les parties et les témoins avaient signé, mais encore qu'ils avaient signé eux-mêmes; et l'art. 68 prononce la nullité de l'acte dans le cas de l'inobservation des formalités établies par cet art. 14. Mais le Conseil d'état a donné un avis motivé, le 16 juin 1810, approuvé le 20, qu'on voit au Bulletin des lois, portant, en interprétation de la loi, que la peine de nullité prononcée par cet art. 68, ne doit être appliquée qu'au défaut de mention de la signature, soit des parties, soit des témoins, et qu'elle ne doit pas être appliquée au défaut de la mention de la signature des notaires qui ont reçu l'acte. Ainsi, d'après l'avis du Conseil d'état, le défaut de mention de la signature du notaire dans tout acte quelconque, ne peut pas en faire prononcer la nullité; mais, d'après cet avis même, l'acte serait vicié radicalement par le défaut de mention de la signature des parties et des témoins.

8. Les contrats de mariage même, qui sont ordinairement la source d'une multitude d'hypothèques, et souvent très importantes par leur grand intérêt, doivent, pour leur validité, être passés avec les formalités prescrites pour tous les autres contrats, conformément aux dispositions de la loi du 25 ventôse an 11; en quoi il est impossible de se rendre à l'avis de quelques personnes qui ont prétendu qu'il suffisait, pour la validité des contrats de mariage, qu'ils fussent passés devant un seul notaire, surtout s'il y avait la présence de plusieurs parens des parties contractantes, quel que fût le degré de parenté d'entre ces parens témoins et les parties, et même entre ces mêmes parens témoins et le notaire qui recevait l'acte. Cette question s'est présentée en la Cour royale de Riom; elle y a été décidée, après une forte discussion, par un arrêt qu'il est utile de connaître [1].

[1] J'avais dit, dans la première édition du Traité *des donations et testamens*, que les formalites prescrites par la loi du 25 ventôse an 11, doivent être observées dans tous les actes notariés quelconques, et même dans les donations et les testamens, parce que cette loi etait une regle generale etablie pour les formes de tous actes quelconques; que l'on ne devait s'en écarter que pour les actes pour lesquels le Code civil ou toute autre loi auroit établi des formalites particulie-

En voici l'espèce : je ferai abstraction de tout ce qui tenait à des questions autres que celle dont je m'occupe. Jean Sarailhes, de la succession duquel il s'agissait, avait eu plusieurs enfans : Marc-Antoine Sarailhes, l'un d'eux avait contracté mariage avec Jeanne Roche, le 31 octobre 1809; par ce contrat de mariage, Jean Sarailhes fit donation à son fils, par préciput et hors part, du quart de tous les biens meubles et immeubles dont il mourrait saisi. Il fut constitué à la future un trousseau de 13,000 francs, dont 2,000 francs furent payés, non au futur, mais à Jean Sarailhes, son père, qui en donna quittance, et qui ne savait pas signer. Le contrat de mariage fut reçu par un seul notaire, qui était un sieur *Dupré*. De tous les témoins du contrat, il n'y en avait qu'un seul, le sieur Teilhard, qui pût servir de témoin, aux termes de la loi du 25 ventôse an 11, parce qu'il n'était parent ni du notaire ni d'aucune des parties contractantes : tous les autres témoins étaient enfans, frères ou beaux-frères de celles-ci.

Le partage de la succession de Jean Sarailhes ayant été demandé au tribunal de Murat (Cantal) contre Marc-Antoine Sarailhes, celui-ci demanda le prélèvement du quart, en vertu de la donation que son père lui avait faite en préciput. Ses frères et sœurs contestèrent ce prélèvement, à raison de la nullité de son contrat de mariage; et ils fondèrent cette nullité sur l'inobservation des formes, quant aux témoins, établies par l'art. 10 de la loi du 25 ventose an 11, combiné avec l'article 8. Il résultait de ces deux articles, que si un acte est reçu seulement par un notaire, il doit y avoir deux témoins qui ne soient point parens des parties contractantes, au moins jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement; que la présence d'un témoin non parent ne suffisait pas pour remplir le vœu de la loi; et on observait que l'art. 68 prononce, dans ce cas, la nullité de l'acte. Le tribunal de Murat se décida pour la validité du contrat de mariage, et dès lors il ordonna l'exécution de la donation.

Sur l'appel de ce jugement en la Cour royale de Riom, les frères et sœurs de Marc-Antoine Sarailhes soutinrent avec force la nullité du contrat de mariage, et par conséquent de la donation du quart en préciput qui y était contenue, et toujours en vertu des articles 8, 10 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11.

Marc-Antoine Sarailhes, donataire, chercha, à écarter cette nullité, en se fondant sur l'art. 194 du Code civil, où il est dit : « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage par acte devant notaire. » Il résulte de cet article, disait-on, une modification, et même une dérogation aux dispositions de la loi du 25 ventôse an 11; pour la validité du contrat de mariage, un seul notaire suffit. L'article ne demande pas la présence des témoins, tels que les exige la loi du 25 ventôse. Le contrat de mariage n'est pas un contrat ordinaire; c'est un pacte de famille qui peut se former dans le sein de cette famille même. On fondait encore cette assertion en rapprochant cet article 1394 de l'article 931 du Code civil. Cet article 931 est ainsi conçu : « Tous actes portant donation entre-vifs seront passés *devant notaires*, dans la forme ordinaire des contrats, et il en restera minute, sous peine de nullité. » La

---

res, de manière qu'il en resultât une dérogation spéciale à cette loi du 25 ventôse, soit que cette dérogation portât une augmentation de formes, soit qu'il en résultât une restriction Cette proposition me paraissait si certaine que je ne croyais pas qu'elle pût être controversée. Cependant il en fut tout autrement. Il y eut des arrêts contraires de quelques cours Mais l'opinion que j'avais émise fut confirmée par un arrêt de la Cour de cassation, du 1er octobre 1810, qui est intéressant sur cette matière. On peut voir le Traité que j'ai indiqué, 2me *édit.*, *tom.* 1er, *pag.* 440 *et suiv.* On conçoit qu'on pouvait élever la difficulté pour les donations et testamens, qui sont des actes d'une nature particulière, sur lesquels le Code civil a prescrit des formes spéciales; et on pouvait croire que la loi du 25 ventôse an 11 ne concernait que les formes relatives à tous autres actes. Mais pour les contrats de mariage, on ne vit pas sans étonnement qu'on voulût en faire une classe particulière d'actes. Cependant la discussion fut tellement forte, cette prétention fut soutenue par des moyens si spécieux, que l'arrêt qui la jugea devient important. Et j'ai cru, par cette raison, devoir entrer dans le détail des objections.

différence qu'on remarque dans la rédaction de ces deux articles prouve qu'ils ont été écrits dans un sens bien différent. Le législateur, disait-on, a voulu, dans l'article 931, que la donation entre-vifs reçût la forme ordinaire des contrats; et quelles précautions n'y a-t-il pas prises pour exprimer cette volonté? tandis que, dans l'art. 1394, il s'est contenté de prescrire un acte *devant notaire*. On ne manquait pas de faire remarquer que, dans l'article 931, il y avait *notaires*, et que, dans l'art. 1394, on lisait *notaire*. L'addition de la lettre *s* dans un article, et sa suppression dans l'autre, devenaient un argument. On rapprochait encore l'art. 1394 de l'art. 2127, qui porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique *devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins*. On tirait la même induction de la différence de rédaction de ces deux articles, que celle qui se trouve entre le même article 1394 et l'art. 931.

On réfutait ces moyens en disant que, lorsque le législateur a voulu qu'un acte eût les formes notariées, il n'a pas dû toujours s'expliquer de même; que la rédaction de l'art. 1394 n'avait pas eu pour objet d'apporter une modification aux dispositions de la loi du 25 ventôse, en voulant qu'un contrat de mariage pût être reçu par un notaire seul, sans des témoins, tels que les exige la loi du 25 ventôse an 11; que l'induction tirée de l'addition au mot *notaire*, de la lettre *s*, dans l'art. 931, et de sa suppression au même mot dans l'art. 1394, n'était qu'une argutie; que d'ailleurs, lorsqu'on voulait exiger, pour une convention, un acte notarié, la locution la plus pure consistait à dire qu'elle serait passée *par acte par-devant notaire*; et qu'enfin l'unique but de l'art. 1394 avait été de prescrire, pour les contrats de mariage, la forme notariée, par opposition aux usages anciens de quelques provinces de France, telles que la Normandie et quelques provinces du midi, d'après lesquels les contrats de mariage étaient valables, quoiqu'ils fussent passés sous seing privé.

Marc-Antoine Sarailhes allait jusqu'à dire qu'anciennement il était de règle et d'usage que les contrats de mariage pouvaient être passés par un seul notaire, sans qu'il y eût de témoins autres que les parens. Il se fondait, à cet égard, sur l'indication des formes des contrats de mariage contenue dans le Traité *du contrat de mariage* de Pothier, n° 47, où il est dit que ces contrats se passaient devant un *notaire*, en présence des parens des parties contractantes; il prétendait que l'art. 1394 n'avait voulu que confirmer cet usage ancien.

Mais l'allégation de cet usage ancien était démentie, et avec raison, car les contrats de mariage avaient toujours été sujets, comme les autres contrats, aux formes prescrites par les anciennes ordonnances du royaume, telles que celles d'Orléans et de Blois. Aussi Pothier, dans son introduction au titre 10 de la Coutume d'Orléans, *pag*. 288, *édition in-4° de* 1772, avait dit que le contrat devait être passé devant *notaires*, pour prévenir les antidates dont les actes sous signature privée sont susceptibles; et Prévôt de la Janesse, qui, comme Pothier, avait été professeur en droit français à Orléans, avait dit également, *Principes de la jurisprudence française*, *tome* 2, *n°* 320, que le contrat de mariage devait être passé par-devant *notaire*, et par les mêmes motifs donnés par Pothier. Ces deux auteurs, qui donnent un avis d'après l'art. 202 de la Coutume d'Orléans, où il est seulement parlé du *traité de mariage* ou des conventions de mariage, sans indications de formes, se seraient-ils expliqués comme ils l'on fait, s'ils eussent entendu que le contrat de mariage pût être passé sous d'autres formes que celles prescrites pour les autres actes par les anciennes ordonnances?

On ajoutait encore que lorsque Basnage, dans son traité des hypothèques, *édit. de* 1703, *in*-12, *pag*. 187 *et* 244, parle des contrats de mariage qui devoient être notariés, par opposition à l'usage de la province de Normandie, où, comme on l'a déjà dit, les contrats de mariage pou-

vaient être sous signature privée, il énonce alors les formes qui devaient produire l'hypothèque, comme étant celles de tous les actes ordinaires, sans indiquer aucune dérogation ni modification. On disait encore que Denisart, au mot *contrat de mariage*, n° 7, en parlant d'une déclaration du 11 décembre 1703, par laquelle on avait voulu abolir l'ancien usage des contrats de mariage sous seing privé, qui avait lieu en Normandie, se contente de dire que cette déclaration avait ordonné que les contrats de mariage seraient passés *par-devant notaires*, à peine de nullité. L'auteur entendait certainement s'expliquer dans le sens des formes ordinaires des actes.

Marc-Antoine Sarailhes, pour soutenir la validité de son contrat de mariage, invoquait la disposition de l'art. 75 du Code civil, où il est question des formes de l'acte de célébration du mariage. Cet article n'exige que l'intervention de l'officier de l'état civil, et de quatre témoins, *parens ou non parens*. Or, disait-il, l'acte de célébration du mariage étant plus important que le contrat qui en règle simplement les conventions, lesquelles demeurent sans effet si le mariage ne s'accomplit pas, comment supposera-t-on que l'art. 1394 ait voulu plus que l'art. 75?

Mais c'était raisonner sur des objets disparates. L'acte de l'état civil du mariage a toujours été indépendant, quant aux formes, de l'acte qui en réglait les conventions; et l'objet de ces formes respectives n'a jamais été le même. On pouvait dire que, de ce que, dans le cas de l'art. 75, le législateur s'expliquait si différemment que dans le cas de l'art. 1394, il avait entendu laisser le contrat contenant les conventions, dans la catégorie des formes ordinaires des contrats.

Enfin les frères et sœurs de Marc-Antoine Sarailhes se fondaient sur l'art. 1092 du Code civil. Le législateur s'y explique sur la donation qui serait faite entre-vifs, de biens présens, entre époux, *par contrat de mariage;* et il y est dit qu'elle sera soumise à toutes les règles *et formes ci-dessus prescrites pour ces sortes de donations*, ce qui se réfère à l'art. 931. Or, l'art. 1092, prescrivant ces formes pour une donation, quoique faite *par contrat de mariage*, ils en tiraient la conséquence que les contrats de mariage n'étaient pas exempts des formes prescrites pour les actes en général.

Sur cette discussion, la Cour royale de Riom, première chambre civile, rendit un arrêt le 20 novembre 1818, sur mes conclusions conformes, par lequel le jugement du tribunal civil de Murat, du 22 janvier 1817, fut infirmé, et la donation fut annulée.

Il n'y avait point eu de conclusions prises, relativement à des nullités de constitutions d'hypothèques, qui résultaient du même contrat de mariage. Mais d'après la nullité de la donation, on peut prévoir quel eût été le sort des constitutions hypothécaires, puisque la nullité de la donation fut prononcée par suite de la nullité de l'acte par lequel on avait voulu établir les conventions civiles, sous le rapport des intérêts pécuniaires.

La jurisprudence adoptée par cet arrêt, est non seulement conforme aux lois de la matière, mais encore, sous le rapport de la morale, elle ne peut qu'être approuvée.

En effet, si le système que l'arrêt a rejeté pouvait être admis, un notaire ignorant ou suspect, comme il s'en trouve quelquefois, quoique rarement, pourrait seul, dans l'ombre du mystère, sans la surveillance légale des témoins exigés par la loi, engager deux époux; car, dans ce système, il serait impossible d'exiger la présence d'aucun parent, puisque la nécessité de cette présence ne résulte d'aucune loi. Ainsi, le bonheur des époux, les fortunes des familles, pourraient être aisément sacrifiés aux passions, aux séductions de toute espèce, qui agiraient avec plus ou moins de force, selon l'inexpérience de la jeunesse ou la faiblesse de l'âge. Le remède à un si grand mal ne pouvait résulter que de la présence obligée des témoins, ou de l'inspection d'un second notaire.

On sent donc combien cet arrêt doit exciter l'attention des notaires, pour

éviter la nullité d'actes aussi importans.

9. Mais les dispositions de l'art. 2127 du Code civil ne doivent pas être prises dans un sens tellement rigoureux, que l'hypothèque conventionnelle ne puisse jamais être consentie que par un acte passé devant deux notaires, ou devant un notaire et deux temoins. L'hypothèque, dans sa plénitude, peut résulter de tout acte portant obligation, qui aurait été passé devant des fonctionnaires ou des officiers publics, auxquels des lois ou des actes du gouvernement, dont l'objet eût été d'organiser ces lois, auraient conféré la mission de recevoir, dans certains cas déterminés, des actes obligatoires. Ces fonctionnaires deviennent alors compétens, pour donner à l'acte la même authenticité qui pourrait émaner d'un notaire, et par conséquent, pour imprimer sur les biens de ceux qui s'obligeraient, une hypothèque, soit spéciale, soit générale, selon les dispositions des lois et des règlemens relatifs à ces cas particuliers. Les officiers publics ou fonctionnaires, qui ont reçu ces attributions, deviennent capables accidentellement, par leur mission particulière, de donner à l'acte la vertu du contrat, comme les notaires le sont généralement. L'exercice d'un pouvoir précis et déterminé a le même effet, dans le cas de l'exception, que l'exercice d'un pouvoir exercé dans la règle générale.

Les tribunaux ne sont pas les seules autorités qui puissent, par des condamnations, imprimer l'hypothèque judiciaire. Les condamnations prononcées par les autorités administratives, pour les cas pour lesquels la loi les déclare compétentes, produisent le même effet. Un avis du Conseil d'état, du 16 thermidor an 12, approuvé le 25, l'a ainsi décidé, en se prononçant sur la question de savoir si l'art. 2123 du Code civil, qui accorde l'hypothèque aux condamnations judiciaires à la charge d'inscription, s'applique aux actes émanés de l'autorité administrative. Cet avis établit une parité parfaite entre les condamnations prononcées par les tribunaux ordinaires, et celles qui émanent des administrateurs, auxquels les lois ont attribué, pour les matières qui y sont désignées, le droit de prononcer des condamnations, ou de décerner des contraintes. Il y est dit qu'alors les administrateurs *sont de véritables juges* dont les actes *doivent produire les mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux ordinaires.*

Un second avis du Conseil d'état, du 29 octobre 1811, approuvé le 12 novembre suivant, a décidé, par les mêmes principes, qu'il pouvait être pris inscription hypothécaire, en vertu des contraintes que l'art. 32 de la loi du 22 août 1791 autorise l'administration des douanes à décerner pour le recouvrement des droits dont il fait crédit, et pour défaut de rapport de certificats de décharge des acquits à caution. Enfin, un troisième avis du Conseil d'état, du 24 mars 1812, a déclaré ces deux premiers avis applicables *aux arrêtés des administrateurs, par lesquels les débets des comptables des communes et des établissemens publics sont fixés.* Tous ces avis sont insérés au Bulletin des lois. Celui du 25 thermidor an 12 ne l'avait pas été d'abord; mais cette lacune fut réparée, sur la demande qui en fut faite, par celui du 29 octobre 1811. Il se tire les mêmes conséquences, respectivement aux décisions des conseils de préfecture, d'un décret du 7 avril 1812, qui a statué sur un pourvoi de la commune de Candeval, contre un arrêté du conseil de préfecture du département de l'Aude.

Or, on sent l'anologie qu'il y a entre le cas des condamnations prononcées par les autorités administratives, dans les matières de leur compétence, et le cas des actes portant obligation, passés par les administratrateurs, ou par tous fonctionnaires ou officiers publics quelconques, lorsqu'ils ont eu la mission légale de recevoir ces actes.

10. Mais on doit bien faire attention que pour que les actes passés devant ces dernières autorités portent hypothèque, lorsqu'ils sont, comme ceux des notaires, de la juridiction volontaire, il faut nécessairement qu'elles aient reçu des lois ou règlemens un pouvoir précis et spécial de

les passer en remplacement des notaires. Car si c'était uniquement à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ordinaires, et sans ce pouvoir spécial, que ces autorités administratives eussent reçu ces actes, bien loin de porter hypothèque, ils pourraient être nuls; ce qui arriverait si les parties qui paraîtraient contracter ne savaient pas signer. Tel est le motif de la décision portée par un décret du 26 mai 1811, inséré au Bulletin des lois, auquel il suffit de renvoyer.

11. Les hospices et autres établissemens publics de bienfaisance, ou d'instruction publique, ne peuvent point, par des baux de ferme ou par d'autres actes relatifs à leur administration, imprimer des hypothèques sur les biens de ceux qui contracteraient des engagemens envers eux. Tel est le résultat d'un décret du 12 août 1807, inséré au Bulletin des lois. Il y est dit : « A compter de la publication du présent décret, les baux à ferme des hospices et autres établissemens publics de bienfaisance, ou d'instruction publique, pour la durée ordinaire, seront faits aux enchères, *par-devant un notaire qui sera désigné par le préfet du département;* et le droit d'hypothèque sur tous les biens du preneur y sera stipulé, *par la désignation, conformément au Code civil.* » Le décret prescrit, à ce sujet, d'autres formalités, qu'il est inutile de rappeler.

L'ordonnance du roi, du 7 octobre 1818, concernant la mise en ferme des biens communaux, porte, art. 4, qu'il en sera passé acte devant notaire, conformément à l'art. 1[er] du décret du 12 août 1807, que je viens de rapporter. L'art. 67 du décret du 30 décembre 1809 suppose que les marguilliers ne peuvent, par eux-mêmes, passer de baux de location ou de ferme.

Relativement aux baux faits par le seul ministère des administrateurs de ces établissemens, avant la promulgation du Code civil, il y avait quelques difficultés sur la question de savoir s'ils portaient ou non hypothèque : on sent que le décret ci-dessus n'était fait que pour l'avenir.

Le Conseil d'état prit, le même jour que fut rendu le décret, un avis pour ce qui concernait les baux précédens. Cet avis porte que « Les baux précédemment passés aux enchères, soit devant les autorités administratives, soit devant les commissions des hospices, étant faits en vertu des lois existantes, à l'observation desquelles ces établissemens sont sujets, et dans les formes prescrites, emportent voie parée, sont exécutoires sur les propriétés mobiliaires, *et donnent hypothèque sur les immeubles;* qu'en conséquence, tous les actes conservatoires ou exécutoires, *et toutes les inscriptions* faites en vertu des expéditions desdits baux, doivent avoir leur effet contre les débiteurs des hospices ou d'autres établissemens publics, *comme si ces actes eussent été faits par-devant notaire* [1]. » L'avis du Conseil d'état ne fit pas disparaître toutes les difficultés : il s'en éleva une au sujet d'un bail de ferme fait par l'administration de l'hospice civil de Grenoble, par adjudication sur enchères. Ce bail avait été fait par les seuls membres de la commission, qui le passèrent eux-mêmes, sans intervention d'aucun officier public; mais ce bail avait été fait le 19 vendémiaire an 10, sous la loi de brumaire an 7, et il ne contenait aucune stipulation d'hypothèque. Cependant, le 4 mars 1807, ce bail fut inscrit au bureau des hypothèques. Les créanciers du fermier, inscrits postérieurement, contestèrent l'hypothèque de l'hospice; ils invoquèrent deux moyens : le premier était que les membres de la commission n'avaient pas eu une capacité légale pour l'impression de l'hypothèque avec spécialité, ainsi que le prescrivait l'art. 4 de la loi de brumaire. Ils ajoutèrent que les établissemens publics n'avaient pas d'hypothèque légale contre leurs fermiers, et que la commission de l'hospice soutenait mal à propos l'affirmative. La Cour de cassation, par un arrêt du 3 juillet 1817, *Denevers, an* 1818, *page* 411, a jugé qu'il n'y avait pas, dans ce cas, d'hypothèque légale; ce qui était sans difficulté, parce

[1] Cet avis ne se trouve pas au Bulletin des lois; mais je l'ai vu citer et transcrire, et notamment dans la discussion qui a precédé l'arrêt dont il va être parlé.

que cette hypothèque n'a jamais existé que contre les administrateurs gérans et autres comptables. Elle n'a pas décidé, d'une manière positive, que les baux passés, avant le Code civil, par les administrateurs seuls, emportaient hypothèque; mais elle a jugé que, en l'admettant ainsi, au moins fallait-il qu'aux termes de la loi par laquelle on était alors régi, l'hypothèque eût été *stipulée spécialement*. Cet arrêt est bien fondé en cette partie. L'avis du Conseil d'état supposait que les baux eussent été faits conformément aux *lois existantes*. Ainsi, tous ces actes passés sous la loi de brumaire, n'ont pu emporter d'hypothèque sans une affectation spéciale. Mais quant à ceux passés avant la promolgation de cette loi, on ne peut douter que, quoiqu'il n'y ait point eu l'intervention d'un notaire, ils n'aient dû, comme tous les autres actes du temps, d'après la législation qui existait alors, emporter l'hypothèque générale, tels que les baux de biens nationaux, qui ont été faits par les administrations seules et sans notaire, en conséquence de l'article 14, titre 2 du décret du 23 octobre 1790. On sent néanmoins qu'il a fallu inscription dans la suite, contre les débiteurs qui étaient en retard de payer, comme pour toutes autres créances anciennes, qui avaient la faveur de l'hypothèque générale.

12. C'est ici le lieu de s'expliquer sur la manière dont on doit considérer les contrats passés en pays étrangers sous le rapport de leur effet et de leur force exécutoire, relativement à des biens situés en France. Je traiterai ici la question seulement par rapport aux contrats ordinaires. En ce qui concerne les jugemens rendus en pays étrangers, et les contrats de mariage qui y auraient été passés, je m'en expliquerai en traitant des hypothèques judiciaires et des hypohtèques légales.

Ce qui avait donné lieu à une grande diversité d'opinions parmi les auteurs sur l'effet des contrats passés en pays étrangers, sous le rapport de l'hypothèque, c'est qu'on n'avait point su se faire des idées justes sur la nature de l'hypothèque; je veux dire, sur l'origine du droit qui la constitue.

Quelques auteurs, dont l'opinion pouvait être du plus grand poids, parmi lesquels on compte M. Bouhier, dans ses observations sur la Coutume du duché de Bourgogne, *tom.* 2, *pag.* 83, *n°* 45 *et suiv.*, soutinrent que les contrats passés en pays étrangers, ainsi que les jugemens qui y auraient été rendus, devaient, de plein droit, porter hypothèque sur les biens situés en France; ils se fondaient sur ce que, selon eux, la nécessité de les exécuter était une suite d'obligations qui prenaient leur principe dans le droit des gens. Les décisions des tribunaux devaient, selon eux, comme les contrats volontaires, inspirer partout le même respect; et ils pensaient que le refus d'accorder cette hypothèque était contraire à la bonne foi, qu'elle aurait pu entraver les transactions qui devaient se passer en France entre des regnicoles et des étrangers, et que le commerce en aurait souffert. Il n'est pas inutile de rapporter les expressions d'un des auteurs les plus graves qui ont soutenu cette opinion; c'est Choppin, sur la Coutume d'Anjou, liv. 3, tit. *De pignoratitiâ fundorum possessione* n° 11. *Jure gentium*, dit cet auteur, *sancitæ hypothecæ actio vim obtinet ubique terrarum ac regionem in quibus debitoris bona consistunt, dùmmodò creditor, consignatâ litteris testatione, planum faciat tabellionem esse, ac publicâ fide subnixum eum que obligatorias debiti cautiones conscripserit.*

13. Mais ces auteurs étaient très certainement dans l'erreur. Et je dois m'empresser de poser un principe important sur cette matière, qui est fécond en conséquences, ainsi qu'on aura occasion de le voir dans la suite. Ce principe est que l'hypothèque prend sa source dans le droit civil, et non dans le droit des gens. Il faut bien se garder de confondre l'obligation en elle-même, avec l'hypothèque. L'obligation qui résulte d'un engagement volontaire est, sans contredit, du droit des gens, comme le sont les transactions, les acquisitions et les autres actes de cette nature. Mais l'hypothèque est un droit de

mainmise qui affecte l'immeuble. Elle ne concerne pas la personne seule, comme l'obligation; elle donne le droit de suivre l'objet hypothéqué, de le faire vendre par autorité de justice; elle attribue un droit de préférence sur tous autres créanciers qui n'auraient qu'une hypothèque postérieure, et, sous ce point de vue, elle n'est point du droit des gens; elle se tire de la loi civile, qui régit le fond sur lequel elle est constituée. Or, le droit civil n'est établi qu'en effet de la puissance publique, qui s'exerce sur les propriétés de chaque territoire; elle ne peut être produite que par l'authenticité d'un acte, laquelle ne peut être conférée que par le souverain, qui est investi de l'autorité publique. En sorte que tous engagemens, toutes condamnations qui viennent d'officiers publics qui résident dans un territoire étranger, demeurent dans les termes de simples actes non revêtus de l'authenticité. Je pourrais invoquer, à l'appui de ce principe, nombre d'auteurs anciens du plus grand poids, tels que Cujas et Vinnius. *Hæc obligatio efficax ex jure prætorio*, dit Cujas, sur la loi 5, ff. *de justitiâ ex jure*. On trouve de fréquentes confirmations de ce principe, dans le rép. de jurisp., au mot *Hypothèque*, *sect.* 1re, § 5, *n°* 12. J'ajouterai l'opinion de Pothier, qui s'en est expliqué d'une manière aussi simple que solide, *Introd. au tit.* 20 *de la Coutume d'Orléans*, *chap.* 1er, *n°* 9. « L'hypothèque, dit-il, est bien en soi du droit des gens; mais la manière de l'acquérir sans tradition est établie *sur notre droit civil* qui exige que la convention soit faite par un acte muni de l'autorité publique, tels que ne sont pas les actes des notaires étrangers : ces personnes ont bien en France une espèce d'autorité publique, qu'on peut appeler *autorité de créance*, leurs actes devant faire foi partout, mais elles n'ont pas l'autorité publique *de pouvoir*, telle qu'est celle nécessaire pour imprimer le droit d'hypothèque sur les biens des contractans, n'y ayant en France aucune autorité publique de cette espèce que celle qui émane du roi. » C'est ce qui avait fait dire par Mornac, auteur si versé dans les anciens usages du droit français, sur la loi dernière, ff. *de jurisd.*, n° 11, *Obligatio, extrà Gallium contracta, pro simplici chirographo est in Galliâ.* Il cite un arrêt conforme, du 26 mars 1599. On en trouve dans les auteurs plusieurs autres semblables qui sont du même siècle.

14. L'ordonnance de 1629, art. 121, confirma ce principe. « Les jugemens rendus, y est-il dit, contrats ou obligations reçus ès-royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre royaume, ainsi tiendront les contrats lieu de simples promesses.»

A la vérité, l'exécution de cette ordonnance a toujours éprouvé des difficultés en France. Elle n'avait point force de loi; elle n'était pas considérée comme telle dans le vaste ressort du parlement de Paris, parce qu'elle n'y avait point été enregistrée librement, ni même en quelques autres, ainsi que le dit M. Bouhier. [1]

---

[1] Il eurait été important, dans plusieurs circonstances, qu'on eût eu des idées nettes et précises sur la question de savoir si, dans le ressort du parlement de Paris, l'ordonnance de 1629 avait ou non force de loi.

Avant la révolution, la négative paraissait être sans difficulté. On peut l'établir par les ouvrages des publicistes, des historiens et des jurisconsultes. Voici ce qu'en dit M. de Montblin, dans ses Maximes du droit public français, ouvrage justement estimé, *tom.* 2, *pag.* 46, *édit.* in-4°, après y avoir expliqué les résultats du defaut d'enregistrement des lois aux cours de parlement, ou d'un enregistrement qui n'eût pas été libre.

« En 1629, Louis XIII ayant tenu son lit de justice pour faire enregistrer l'ordonnance qu'on appelle le code *Marillac* ou le code *Michaud*, le refus persévérant du parlement de Paris a rendu cette loi inutile au moins dans son ressort. M. Talon, qui fait l'histoire de cet enregistrement forcé, rapporte que le roi étant venu au parlement.......; que l'ordonnance ayant été lue en la présence du roi, et M. le garde des sceaux de Marillac ayant prononcé l'arrêt d'enregistrement ordinaire, MM. du parlement défendirent au greffier de signer l'arrêt, attendu la qualité de la matière qui ne pouvait être exécutée sans une délibération précédente; dont le roi s'étant offensé, et ayant commandé que l'arrêt fût signé, puisque la vérification en avait été faite en sa présence, après les remontrances qui lui furent faites, consentit que l'ordonnance fût examinée, article par article, et modifiée s'il y echéait; et jusqu'à ce, ne voulut point obliger MM. du parlement à l'exécution. Et de fait, pour obéir au roi, le greffier signa l'arrêt d'enregistrement, et nonobstant cela, l'édit fut vu et concerté au parquet. Il y eut conclusions prises comme dans *une affaire entière et non préjugée; et l'édit n'ayant point été*

Ce savant magistrat dit même que le parlement de Dijon l'avait bien enregistrée, mais sous la modification que l'article 121 ne serait point exécuté dans son ressort. Cependant, hors de ce parlement qui s'était fait à cet égard des principes particuliers dans lesquels M. Bouhier avait écrit, on a toujours jugé, surtout dans le ressort du parlement de Paris, que les actes reçus par les notaires de pays étrangers, ainsi que les jugemens qui y étaient rendus, n'emportaient pas de droit hypothèque sur les biens situés en France. On ne se fondait pas à cet égard, dans le ressort du parlement de Paris, sur l'ordonnance de 1629, qui n'y avait aucune exécution comme loi, mais bien sur un droit public préexistant, qui était établi par plusieurs arrêts anciens, notamment par celui de 1599, que je viens de citer d'après Mornac, et sur un arrêt plus important encore, rendu par le

---

délibéré dans la compagnie, n'a *point été exécuté*....... Ce qui est véritable, qu'encore qu'il y eût un grand article sur les mariages clandestins, néanmoins on a depuis envoyé une ordonnance au parlement pour le même sujet; *le roi et ses ministres sachant bien que l'ordonnance enregistrée en sa présence ne s'exécuterait point.* » *Mém. de Talon*, *t.* 3, *p.* 329.

M. le président Henaut, *Abrégé chron. de l'hist. de France*, an 1629, s'exprime ainsi :

« Le code *Marillac*, nommé communément le code *Michaud*, publié en forme d'édit; c'était un recueil de nos plus fameuses ordonnances, auxquelles on avait joint celles qui avaient été faites sur les demandes des derniers états-généraux, où l'on statue sur les demandes des assemblées des notables aux Tuileries. Le roi, malgré les oppositions du parlement, le fit publier dans un lit de justice, car il n'est pas dit qu'il y fut vérifié. *Aussi cet édit n'a point été observé dans la suite*, et les avocats ne le citaient pas comme une loi. »

Dans l'ouvrage intitulé : *Des commissions extraordinaires en matière criminelle*, que l'on sait être d'un célèbre et savant magistrat qui crut devoir garder l'anonime, on lit, *pag.* 69; « Le parlement de Paris n'a jamais reconnu cette ordonnance de 1629. Elle fut publiée, non vérifiée, dans un lit de justice, où la délibération libre fut étouffée. Aussi cette ordonnance connue sous le nom de code *Michaud* ou *Marillac*, nom de son auteur, n'est jamais citée par les avocats du parlement de Paris, *et n'a jamais été observée.* »

Avant ces auteurs, M. Bouhier, sur la coutume de Bourgogne, s'expliquait en ce sens dans toutes les occasions. « Mais on sait, dit-il, que cette ordonnance n'a point de force au parlement de Paris ni en quelques autres, où elle n'a point été enregistrée; » ch. 53, n°. 46. Et d'Héricourt, avocat profondément instruit, exerçant au parlement de Paris, disait formellement, à l'occasion d'une question dont il ne s'agit pas ici : « Mais par rapport au parlement de Paris, où cette ordonnance (de 1629) n'est *pas suivie*, il faut, etc. » *De la vente des imm.*, *chap.* 10, n° 24.

Pothier, Introd. au tit. 20 de la Coutume d'Orléans, *ch.* 1er, *sect.* 1re, n° 9, dit : « Mais cette ordonnance étant, *comme l'on sait*, demeurée sans exécution, etc. » Il s'en explique encore plus particulièrement dans son Traité du louage, n° 186, relativement à la prescription établie par l'art. 142 de la même ordonnance sur les fermages. Il est probable que les avocats ne citaient pas cette ordonnance au présidial d'Orléans, d'où était Pothier, ils ne l'ont jamais citée aussi en la sénéchaussée d'Auvergne, à Riom, ressort du parlement de Paris.

On a dit que cette ordonnance avait été considérée comme loi du royaume par l'ancien Conseil d'état, qui jugeait sur le pourvoi contre les arrêts des parlemens, et par M. le chancelier d'Aguesseau.

Quoique le Conseil d'état l'eût ainsi jugé, cela n'eût point influé sur le sort de cette ordonnance, le parlement de Paris ayant des idées différentes, et tous les tribunaux de son ressort ayant reçu son impulsion. On a peine à croire que M. le chancelier d'Aguesseau ait eu cette opinion, quoique Denisart l'ait attesté. Au surplus, tout ce qui peut avoir été jugé et dit, n'a jamais eu trait à l'art. 121 de cette ordonnance. Or, les dispositions de cet article ne sont qu'une confirmation de plus anciennes ordonnances et d'une plus ancienne jurisprudence qui ont toujours été en vigueur en cette partie, ce qui, dès lors, ne peut tirer à conséquence; le principe admis par l'art. 121 pouvait et devait être suivi dans le ressort du parlement de Paris, sans qu'il en fût de même pour le surplus des dispositions de l'ordonnance.

Cependant, la Cour de cassation, par deux arrêts, l'un du 13 germinal an 12, l'autre du 10 décembre 1817, s'est décidée par la prescription des fermages, par cinq ans, même dans le ressort de l'ancien parlement de Paris, d'après l'article 142 de l'ordonnance de 1629. Elle s'est fondée sur ce que cette ordonnance avait été reçue comme loi dans le ressort de ce parlement. Par un autre arrêt du 7 sept. 1808, la même cour a jugé que cette prescription de cinq ans ne devait pas être admise dans l'ancien ressort du parlement de Bordeaux, mais seulement celle de trente ans, attendu que l'art. 142 de cette même ordonnance n'y était pas observé, *et que les lois anciennes doivent être entendues dans le sens dans lesquelles elles ont été constamment exécutées.* Autrefois on aurait pu avoir la même opinion relativement à ces deux ressorts de cours de parlement; dans celui de Bordeaux, parce que, d'après le mode d'enregistrement, l'art. 142 de l'ordonnance n'y était pas observé; dans celui de Paris, parce qu'il est bien certain que cette ordonnance n'y avait jamais été considérée comme loi, qu'elle n'y avait jamais été suivie, et qu'aussi les arrérages de ferme ne s'y prescrivaient que par trente ans.

Je suis bien éloigné de mettre en parallèle mon opinion avec l'autorité des arrêts d'une cour aussi éclairée que l'est la Cour de cassation. Je me plais à croire qu'elle s'est décidée par des faits, par des traditions qu'elle était à portée de connaître au sein de la capitale, et qu'on peut ignorer dans les départemens. Cependant, j'ai cru devoir rappeler ce qui était regardé comme un principe de droit public, au moins dans l'ancien ressort du parlement de Paris. Il peut être utile de le connaître dans d'autres circonstances, et sur d'autres points de droit décidés par cette ordonnance

parlement de Paris, le 21 mai 1585, rapporté par Choppin, sur la Coutume d'Anjou, *liv.* 3, *chap.* 3, *tit.* 3, *n°* 11. Cet arrêt est, à la vérité, relatif à un jugement rendu en pays étranger; mais il y a identité de principes. Cela résultait encore de quelques anciennes ordonnances, notamment de celle de François Ier, de 1535, qui était conforme à une autre ordonnance de Charles VIII, de 1490. Art. 21 : « Nous déclarons, y est-il dit, tous traités concernant héritage, rente ou réalité, qui dorénavant ne seront reçus par *nos notaires, nuls.* » Les notaires ecclésiastiques, ceux des seigneurs même (sauf une modification qui fut introduite par la jurisprudence), étaient exclus du droit d'imprimer hypothèque sur les immeubles situés sur le territoire français, parce qu'ils n'avaient pas un pouvoir qui émanât de l'autorité royale; à plus forte raison, en était-il de même des notaires étrangers.

15. En cet état de choses, est arrivé le Code civil. L'art. 2128 est ainsi conçu : « Les contrats passés en pays étrangers ne peuvent donner hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. »

Cet article confirme au fond les principes de l'ordonnance de 1629; mais en même temps ses dernières dispositions y apportent une modification importante, puisqu'il soumet le sort de l'hypothèque, en France, aux dispositions des lois politiques ou des traités respectifs du pays étranger dans lequel le contrat aurait été passé, et du royaume de France, dans lequel on voudroit l'exécuter. Quel que fût en effet le droit auquel on dût rattacher l'hypothèque, que ce fût au droit des gens ou au droit civil, toujours est-il vrai qu'il était difficile de ne pas subordonner les décisions en cette partie à la manière dont on considérait dans les pays étrangers, les hypothèques que les Français pouvaient avoir sur les immeubles des habitans de ces pays, en vertu d'actes qui auraient été passés en France, ou de jugemens qui auraient été rendus. Il est aisé de sentir combien le commerce des Français avec les autres nations eût souffert, si les nations étrangères eussent eu des principes plus rigoureux que ceux qui auraient été admis en France. Aussi M. Bouhier, qui avait paru d'abord penser d'une manière absolue *qu'il y aurait eu de l'injustice de refuser la prérogative de l'hypothèque aux actes passés dans une autre souveraineté*, ajoute de suite : *Pourvu néanmoins qu'on soit certain qu'on accorde le même avantage aux actes passés en France; car*, poursuit-il, *l'équité de notre jurisprudence est principalement fondée sur cette réciprocité.* Cette condition limitative est un trait de lumière qui a pu éclairer les pas des législateurs modernes. L'article 2128 du Code, l'art. 2123, qui est relatif aux jugemens rendus en pays étrangers, ont été rédigés dans le même esprit que l'ont été les articles 11, 726 et 912, concernant les successions et donations[1].

Une sage politique a fait sentir le danger qu'il y aurait, lorsqu'il s'agit d'une participation aux droits civils en France, d'accorder plus aux étrangers que ceux-ci n'accorderaient chez eux aux Français. Une réciprocité de ces droits en devient la plus juste mesure, et leur détermination dépend alors des lois politiques ou des traités qui règlent les avantages dont les sujets d'une puissance doivent jouir dans le pays soumis à l'autre. L'hypothèque ne perd pas pour cela tous ces caractères : elle ne laisse pas de descendre du droit civil; et si, d'après la réciprocité, elle existe en France, en vertu d'actes ou de jugemens étrangers, sans une nouvelle confirmation, ce n'est que par l'autorité du souverain. Son pouvoir s'exerce par la dispense qu'il prononce d'une confirmation d'hypothèque, comme par cette confirmation même, lorsqu'il la prescrit.

16. En me résumant sur ce qui concerne les contrats passés en pays étrangers, quant à l'hypothèque, sauf l'exécution

[1] On peut voir ce que j'ai dit sur la communication respective des droits civils, Traité des donations et testamens, tom. 1er, pages 55, 56, 57, 243 et suiv.

des lois politiques et des traités par lesquels on doit toujours se diriger quand il en existe, on doit faire déclarer le contrat exécutoire par le jugement d'un tribunal français compétent, dont le principal objet est d'obtenir une condamnation hypothécaire. Tel est le résultat des termes de l'article 121 de l'ordonnance de 1629, qui, quoiqu'elle n'eût pas eu force de loi dans toute la France, a été citée nombre de fois en cette matière, comme étant la source de la législation nouvelle; *ainsi tiendront les contrats lieu de simples promesses.* Cette règle que ces sortes de contrats ne doivent être considérés que comme de simples promesses, règle très importante pour se fixer des idées sur ce qu'on a à faire pour leur exécution, s'induit des termes de Mornac, que j'ai déjà rapportés : *Obligatio, extrà Galliam contracta, pro simplici chirographo est in Galliâ.*

Mais je pense que ce mode de procéder et de juger doit avoir lieu, soit que les parties ou l'une d'elles aient signé l'acte passé en pays étrangers par-devant notaire, ou par-devant tout autre officier compétent, soit qu'elles aient déclaré ne pas savoir signer; l'engagement, dans ces deux cas, ne reste pas moins, et il n'y manque que la forme exécutoriale en France, et l'hypothèque. Je puis rappeler à cet égard ce que disait Pothier, que j'ai déjà cité : « Les notaires étrangers, disait-il, ont en France une espèce d'autorité publique, qu'on peut appeler *autorité de créance*. Leurs actes doivent faire foi partout; mais ils n'ont pas l'autorité de *pouvoir*. » On peut comparer le cas dont il s'agit à celui où une dette serait reconnue devant un juge de paix, par suite d'une citation en conciliation, cas dans lequel la condamnation judiciaire doit avoir lieu, pour donner à l'engagement la force exécutoriale et l'hypothèque; c'est seulement alors qu'on peut prendre inscription.

Mais tout ce qui vient d'être dit est étranger aux actes passés dans les colonies françaises : les officiers qui reçoivent ces actes sont, comme ceux qui résident en France, officiers du roi, et ils ont le même pouvoir quant à l'hypothèque. Il faut cependant qu'ils soient enregistrés en France, pour qu'on puisse y prendre inscription; car on sent que ces actes doivent contenir la spécialité de l'hypothèque. Je m'explique à ce sujet dans le n° suivant. Cette exception s'applique aussi aux actes passés même en pays étrangers, par les chanceliers des consuls de France dans ces pays étrangers. Sur ces consuls et sur ces chanceliers, voyez le répertoire de jurisprudence à chacun de ces mots, et les titres 6 et 9 de l'ordonnance de la marine, de 1681.

17. Dès que je m'occupe des formalités dont les actes doivent être revêtus pour qu'ils deviennent constitutifs d'hypothèque, il est dans l'ordre que j'examine une question sur laquelle, dans tous les temps, il s'est élevé quelques difficultés. Je veux parler de ce qui concerne l'enregistrement des actes.

Il est d'abord bien certain que quand un acte notarié est enregistré dans le délai accordé par la loi pour l'accomplissement de cette formalité, l'hypothèque ne se forme pas du jour de l'enregistrement seulement : elle a toujours son effet du jour même de l'acte; cela a été observé de tout temps, et doit l'être encore. Mais si un acte, quoique notarié, n'était pas enregistré dans le délai de la loi, quelle influence aurait cette circonstance sur cet acte, sous le rapport de l'hypothèque?

Lorsqu'une loi établit la nullité d'un acte par le défaut d'accomplissement d'une formalité prescrite, ou même pour n'avoir pas payé des droits dont la perception est ordonnée par la loi, il est du devoir du magistrat de prononcer la nullité, parce que le plus essentiel de ses devoirs est de se conformer à la loi, dont il ne doit pas se constituer le juge. Ce ne serait jamais le cas d'avoir égard à l'opinion du célèbre Dumoulin, que j'ai vu citer anciennement dans le cas dont il s'agit, et dans d'autres semblables, pour tâcher de parer à la nullité. En écrivant sur un édit qu'il qualifiait de bursal, il s'expliquait ainsi : *Cæterùm non esse periculum propter defectum insinuationis, cum editum illud insinuatio-*

num sit quæstuosum, corrodendæ pecuniæ causâ sordidè factum, atque ideò justè spernitur à bonis judicibus, quotiès abest suspicio fraudis vel falsi. Cette idée étonnait par sa hardiesse, et elle ne pouvait tout au plus être justifiée qu'à raison de la circonstance dans laquelle il l'avait émise. C'était à l'occasion de l'édit de Henri II, de 1553, vulgairement appelé l'*édit des petites dates*. Cet édit prescrivait la formalité de l'insinuation, espèce de contrôle, et dans un certain délai, pour plusieurs actes concernant les bénéfices, à peine de nullité; et Dumoulin, par l'effet de sa prévention contre les prétentions de la cour de Rome, qu'il a souvent combattues avec énergie et même avec aigreur, soutenait que la formalité de l'insinuation n'était pas nécessaire pour lier les mains au pape, et empêcher son droit qu'on appelait de *prévention*, ou qu'au moins il ne fallait pas que l'insinuation eût été faite absolument dans le délai prescrit par l'édit. L'on doit avouer que l'opinion de Dumoulin, et la doctrine qu'il développe à ce sujet, ont influé dans la suite sur la disposition des lois, et sur la jurisprudence concernant les insinuations ecclésiastiques. Mais il n'est plus question de cette matière, qui était toute particulière; nos lois doivent être considérées sous un autre aspect, et les nullités qu'elles ordonnent doivent être prononcées par les magistrats.

Mais aussi c'est un principe constant, que les nullités n'ont pas lieu *de droit*; et l'on n'a jamais connu en France d'autres nullités que celles qui sont textuellement prononcées par les ordonnances. C'est ce que Mornac a enseigné avec précision sur la loi 1re, ff. *de procurat. et defens. Servamus autem valere nihilominùs acta quælibet in quibus peccatum in aliquo fuerit adversùs edicta regia, si modò adjectum non sit ratum alias non fore quod geritur, aut, ut vulgò loquimur*, S'IL N'EST DIT SUR PEINE DE NULLITÉ.

Il faut donc examiner le résultat de notre législation relativement aux nullités qui peuvent dériver du défaut de contrôle ou d'enregistrement, abstraction faite des amendes qui peuvent être prononcées contre les notaires négligens.

L'édit de 1606, portant établissement du contrôle pour la Normandie, donnait, pour l'observation de la formalité, un délai de quatre mois; mais il voulait en même temps que, si l'acte n'était contrôlé qu'après ce délai, l'hypothèque n'eût effet qu'à la date du contrôle. On peut voir ce que dit là-dessus Basnage, *des hypothèques*, *chap.* 12; mais cet édit fut révoqué, lorsque parut celui du mois de mars 1693. Or, ce dernier édit, ainsi que les autres édits et déclarations qui le suivirent, prononcèrent non-seulement des amendes contre les notaires qui manqueraient de faire contrôler les actes dans les temps que les lois et règlemens déterminaient, et contre les parties qui se serviraient d'actes non contrôlés; mais encore ils défendirent aux juges d'y avoir égard, et déclarèrent que les particuliers *ne pourraient, en vertu d'actes non contrôlés, acquérir aucun privilège, hypothèque, propriété, décharge, ni aucun autre droit, action, exception ni exemption*, dérogeant, à cet effet, à toutes coutumes, édits, déclarations, arrêts, règlemens et usages à ce contraires.

Que voulait dire le législateur? On voit bien la nécessité du contrôle dans un délai fixé, pour acquérir un privilége, une hypothèque et même la propriété. Mais tous ces privilèges, tous ces effets se rattachaient-ils à l'acte, lorsqu'il était revêtu de la formalité du contrôle, après l'expiration du délai? L'hypothèque, dont il est ici seulement question, avait-elle un effet rétroactif au jour de l'acte même, ou ne se formait-elle qu'à la date du contrôle? C'est ce qu'on ne voit pas expliquer clairement dans les auteurs, pas plus que les lois qui ont été rendues jusqu'à celle du 5 décembre 1790. D'Héricourt, *de la vente des immeubles*, *ch.* 11, *sect.* 2, *n°* 37, après avoir rapporté les dispositions de l'édit de 1693 et des règlemens postérieurs, qui déclaraient que les particuliers ne pouvaient acquérir aucun privilège ni hypothèque, en vertu d'actes non contrôlés, ajoutait: « Ce qui ne doit pas s'entendre de manière que

l'hypothèque ne soit acquise que du jour du contrôle; car l'acte passé par-devant notaire emporte hypothèque du jour de sa date, *en quelque temps qu'il ait été contrôlé.* Mais comme le roi a voulu que les juges n'eussent point d'égard aux actes qui ne seraient point contrôlés, l'hypothèque acquise à la partie, du jour du contrat, ne peut avoir aucun effet. » Il est impossible de tirer des idées parfaitement nettes de ces expressions, pas plus que de quelques autres qui suivent sur le même sujet. D'après la déférence que mérite ce savant auteur, on est tenté de croire que ce passage renferme quelque faute de transcription. On croit néanmoins pouvoir y prendre l'idée que l'hypothèque ne prend effet que du jour du contrôle. Pothier, *Introduct. au tit.* 20 *de la Coutume d'Orléans*, *ch.* 1er, *sect.* 1re, *n°* 12, après avoir expliqué les formes des actes, dit simplement : « Enfin, suivant l'édit du contrôle, l'acte, pour produire l'hypothèque, doit être contrôlé. » En prenant ces termes dans leur signification stricte, on peut en conclure que, tant que l'acte n'est pas contrôlé, il ne porte pas hypothèque. Soulages, dans sont *Traité des hypothèques*, qu'il avait composé bien avant la loi du 5 décembre 1790, émet, *pag.* 56, une opinion qui, bien loin de faire avancer dans l'éclaircissement de la question, en rend la solution encore plus difficile. « Mais il faut remarquer, dit-il, que, quoique les actes publics non contrôlés ne donnent aucune hypothèque sur les biens des obligés, il ne s'ensuit pas de là que l'hypothèque ne soit acquise au créancier que du jour que l'acte a été contrôlé, puisque ce n'est pas le contrôle qui donne hypothèque, mais bien l'acte public, après qu'il a été contrôlé; de sorte qu'un acte qui ne serait contrôlé que longtemps après qu'il aurait été retenu, donnerait hypothèque au créancier, à compter du jour de sa date, *parce que le contrôle, en quelque temps qu'il soit fait, donne à l'hypothèque un effet rétroactif qui la fait remonter au jour de l'acte.* » Telle est la question qu'il s'agit de décider : Sous notre législation actuelle, l'enregistrement, qui n'est que le contrôle sous un autre nom, quoique fait après le délai dans lequel il a dû avoir lieu d'après la loi, donne-t-il effet rétroactif, quant à l'hypothèque, au jour de l'acte, ou bien l'hypothèque ne prend-elle sa force que du jour de l'enregistrement? Je crois devoir me décider pour ce dernier parti, c'est-à-dire, contre la rétroactivité.

La loi sur l'enregistrement, du 5 décembre 1790, contient des dispositions importantes sur cette matière. Il est dit dans l'art. 2 : « Les actes des notaires et les exploits des huissiers seront assujettis dans toute l'étendue du royaume, à un enregistrement, *pour assurer leur existence et constater leur date.* » L'article 9 porte : « A défaut d'enregistrement dans les délais fixés par l'article précédent, un acte passé devant notaire ne pourra valoir que *comme acte sous signature privée.* Le notaire sera responsable envers les parties, des dommages qui pourront résulter de l'omission. » Il est ajouté : « Cependant l'acte ayant reçu la formalité omise, acquerra la fixité de la date, et *l'hypothèque, à compter du jour de l'enregistrement.* »

A-t-il été opéré un changement à ce sujet, par la loi du 22 frimaire an 7? Cette dernière loi ne parle nulle part ni de nullité de l'acte, ni de déchéance ou de privation d'hypothèque, par le défaut d'enregistrement; et on pourrait rappeler ce que j'ai déjà dit, que les nullités ne sont point de droit, ce qu'on peut dire de même d'une déchéance d'hypothèque. L'art. 20 de cette loi fixe le délai dans lequel les actes doivent être enregistrés; l'art. 33 se borne à prononcer une amende contre les notaires qui n'auront pas fait enregistrer leurs actes dans les délais prescrits; il n'y a aucune peine établie sous le rapport de la nullité de l'acte et de l'hypothèque; et le législateur, pourrait-on dire, a si peu entendu que le défaut d'enregistrement rendît nul un acte notarié, que dans l'art. 34, qui est relatif au défaut d'enregistrement d'un exploit dans le délai fixé, outre l'amende prononcée contre l'huissier, il est dit que « l'exploit ou

procès-verbal non enregistré dans le délai, *est déclaré nul*, et le contrevenant responsable de cette nullité envers la partie. » Ce contraste de dispositions entre ces deux cas semblerait autoriser l'application de cette règle, *qui de uno dicit de altero negat.* Il est bien dit encore, dans l'art. 42, qu'aucun notaire, huissier, greffier, secrétaire ou autre officier public ne pourra faire ou rédiger un acte en vertu d'un acte sous signature privée, ou passé en pays étranger..... *s'il n'a été préalablement enregistré.* Mais cet article ne prononce ni nullité ni déchéance ou suspension d'hypothèque; il est seulement dit, à peine de cinquante francs d'amende, et de répondre personnellement du droit. Or, pourrait-on dire toujours, les nullités et les peines ne se suppléent pas; elles doivent être prononcées par la loi.

Cependant, malgré ces raisons, je ne crois pas moins devoir persister dans l'opinion que j'ai déjà embrassée.

En premier lieu : sans l'enregistrement, un acte, quoique passé devant notaire, ne peut avoir une date certaine; la fixité de cette date est le but de la loi du 22 frimaire an 7, et de toute la législation précédente sur cette matière. Vouloir l'enregistrement, c'est vouloir implicitement et virtuellement la certitude des dates par cette formalité : et de là il résulte forcément que le législateur a voulu que les actes ne pussent avoir d'autres dates, au moins respectivement à des tiers, que celle de l'enregistrement. Avant l'établissement de la formalité du contrôle ou enregistrement, il n'y avait d'hypothèque en France qu'en vertu d'actes notariés ou authentiques, à la différence du droit romain qui n'exigeait point autant de précautions, ainsi que je l'ai dit ailleurs; et en cela le droit français a eu une grande supériorité sur le droit romain. Or, quel était l'objet de la nécessité de la passation des actes par-devant notaires? Mornac nous le dit sur la loi 4, ff. *de pignor. et hypoth. Servat enim universa Gallia ut ut pignus constituendum tabellionis ministerio opus sit, ne repeti, præferrique possint dies pactionum, vel ut loquimur*, AFIN QU'ON NE PUISSE RIEN ANTIDATER. Mais si l'expérience acquise sur les abus a fait considérer la nécessité de la passation des actes par-devant notaires comme insuffisante pour la *sûreté des dates*, et si le législateur y a ajouté encore la formalité du contrôle, il s'en tire la conséquence qu'il faut attacher au défaut de contrôle le même effet qu'on attachait, avant, au défaut de passation de l'acte par-devant notaire. Il faut cependant bien convenir que, quoique Mornac ne le dise pas dans ce passage, l'hypothèque tient encore à l'authenticité qui résulte principalement, comme je l'ai déjà dit, de ce que l'acte est fait par un officier qui, seul, peut imprimer cette hypothèque. Mais il n'est pas moins vrai que l'établissement des notaires avait eu aussi en vue la fixité des dates, et que cette fixité n'a été définitivement assurée que par le contrôle.

En second lieu, on pourrait dire, à l'appui de mon opinion, que relativement aux suites du défaut d'enregistrement des actes dans les délais prescrits, ce qui tient à l'ordre public, la loi du 22 frimaire an 7 ne déroge pas aux anciennes lois, et notamment à celle du 5 décembre 1790, et que son objet principal a été une fixation des droits d'enregistrement. Il est bien dit dans l'art. 73 : « Toutes les lois rendues sur *les droits d'enregistrement*, et toutes dispositions d'autres lois y relatives, sont et demeurent abrogées pour l'avenir. » Mais ne peut-on pas répondre avec fondement que cet article n'a trait qu'aux *droits d'enregistrement*, et non à l'enregistrement même, en le considérant comme forme des actes? Lorsque des lois précédentes, telles que celle du 5 décembre 1790, ont réglé non des droits, mais les effets des actes, en cas de défaut d'enregistrement dans le délai prescrit, il semble qu'il faut dans une loi postérieure une dérogation spéciale et bien précise à ce qui a été déjà statué. Autre chose est l'effet des actes en eux-mêmes, autre chose est la fixation des droits à percevoir.

Il en est des actes notariés non enre-

gistrés comme des actes sous seing privé, avec cette différence que ceux-ci, étant même enregistrés, ne peuvent avoir la faveur de l'hypothèque, qu'autant qu'ils auront été reconnus de la manière exigée par la loi; au lieu que les actes notariés non enregistrés dans le délai prescrit par la loi, reçoivent la vertu de l'hypothèque dès l'instant qu'ils sont enregistrés, après ce délai, et cet enregistrement produit cet effet, soit que les actes aient été signés des parties ou de l'une d'elles, soit qu'ils ne l'aient pas été. Pour avoir hypothèque, et par conséquent *pour pouvoir prendre une inscription*, il faut un acte authentique. Or, l'authenticité se compose de la passation de l'acte par un notaire qui la commence, et de l'enregistrement (quand il ne se fait qu'après le délai), qui la rend complète, mais à compter seulement de l'enregistrement. L'authenticité est suspendue pendant le temps intermédiaire.

Ce serait à tort qu'on dirait que la question pouvait ne pas exiger autant de développemens, parce qu'il est probable que, d'après l'art. 42 de la loi du 22 frimaire an 7, le conservateur des hypothèques ne recevrait pas un bordereau d'inscription, sans que le titre qui en serait le fondement ne fût enregistré. Mais, d'abord, une erreur à ce sujet est possible; de plus, il convient, en tout, de se diriger par des principes, sous le rapport de son intérêt personnel, comme sous le rapport de l'intérêt du fisc. Enfin, on doit remarquer que n'y ayant point d'hypothèque pendant tout le temps que l'acte demeure sans enregistrement, après le délai dans lequel cet enregistrement aurait dû être fait, les biens hypothéqués peuvent, pendant ce temps, être frappés d'hypothèques, qui, de leur nature, telles que les hypothèques légales, ont leur efficacité dès l'instant, sans le secours de l'inscription; en sorte que ces hypothèques auraient leur effet, même à l'insu de celui auquel il aurait été déjà consenti une hypothèque conventionnelle et spéciale, et encore quand celui-ci ferait enregistrer son acte dans la suite, et quand il prendrait une inscription. Cette inscription ne nuirait en aucune manière à l'hypothèque légale qui aurait déjà frappé.

Mais je crois pouvoir invoquer, à l'appui de mon opinion, un arrêt de la Cour de cassation, rendu dans une espèce qui a été décidée par les mêmes principes. On sait que, dans les colonies françaises, les actes qui y sont passés par-devant notaire y sont affranchis du droit d'enregistrement; mais lorsqu'on veut en faire usage en France, ces actes doivent être enregistrés. Cette formalité est prescrite par une foule de lois anciennes, et de plus par la loi du 5 décembre 1790, et par celle du 22 frimaire an 7. Elle est renouvelée par l'art. 58 de la loi sur les finances, du 28 avril 1816, et il en doit être de même de tout acte passé en pays étrangers.

Le sieur Lanon, en vertu d'un acte passé devant notaire au Cap, île S[t]-Domingue, le 7 pluviose an 5, avait pris une inscription hypothécaire sur les biens du sieur Modeste Gauthier, le 21 germinal an 8, sans que cet acte fût enregistré; l'inscription avait pour objet une créance qui dérivait du prix d'une vente de droits successifs, qui étaient des objets immobiliers, et elle était prise sur ces biens mêmes, qui avaient été revendus par Modeste Gauthier à deux particuliers, postérieurement à l'inscription, ce qui semblait rendre ce créancier inscrit bien favorable.

Les acquéreurs demandèrent la nullité de l'inscription, sur le fondement que l'acte du 7 pluviose an 5, exécutoire par lui-même à S[t]-Domingue, aurait dû, pour devenir tel en France, être enregistré. Il s'engagea une instance au tribunal civil de Poitiers sur la question de savoir si l'inscription était ou non valable. Ce tribunal jugea que Lanon n'avait pas été tenu de faire enregistrer son titre avant son inscription, et il se fonda sur ce que l'article 24 de la loi du 5 décembre 1790, avait dispensé de l'enregistrement les actes antérieurement passés dans des pays non soumis au contrôle. Cet article était

mal appliqué, puisque, dans l'espèce, il s'agissait d'un acte postérieur à cette loi; il était du 7 pluviose an 5, et l'inscription était de l'an 8; que d'ailleurs l'article 10 de la loi du 29 septembre 1791 avait, à cet égard, une disposition contraire : aussi, sur l'appel, la Cour royale de Poitiers, par son arrêt du 11 brumaire an 14, déclara l'inscription nulle et de nul effet.

Sur le pourvoi contre cet arrêt, la Cour de cassation, par un arrêt du 7 décembre 1807, rejeta le pourvoi. L'arrêt est fondé sur l'art. 10 de la loi du 29 septembre 1791, sur les articles 2 et 9 de la loi du 5 décembre 1790, dont j'ai rapporté les dispositions. La Cour de cassation en conclut qu'à défaut d'enregistrement, le contrat passé devant notaires au Cap, île St-Domingue, le 7 pluviose an 5, ne pouvait être considéré, en France, que *comme un acte sous signatures privées*; et qu'en jugeant qu'une inscription prise en France, sur un tel contrat, était nulle, la Cour royale de Poitiers s'était conformée aux lois ci-dessus citées. Cet arrêt est rapporté par Denevers, *an* 1807, *pag.* 561. Je dois observer que Soutlages, en s'expliquant sur cette question, bien long-temps avant la loi du 5 décembre 1790, dans son *Traité des hypothèques*, *pag.* 29, avait émis une opinion conforme. On doit donc tenir pour certain que l'hypothèque prend date du jour de l'acte, lorsqu'il est enregistré dans le délai prescrit par la loi; et que s'il n'est enregistré qu'après l'expiration de ce délai, l'hypothèque n'a cours que du jour de l'enregistrement, et c'est de ce jour seulement qu'on peut prendre inscription [1].

18. Je crois cependant qu'il faudrait apporter une restriction à la résolution que je viens de prendre, dans un cas que j'ai vu arriver, et qui malheureusement n'est pas aussi rare qu'il devrait l'être. Un notaire peut se permettre d'insérer faussement, au bas d'une grosse ou d'une expédition de l'acte, une mention de la perception du droit d'enregistrement de la part du receveur, surtout avec une indication du volume de l'enregistrement et du numéro sous lequel il serait dit qu'il aurait été fait. Alors le notaire devrait être mis en jugement comme coupable de faux; mais il y a lieu de penser que l'inscription qui aurait été prise en vertu d'un acte ainsi expédié, devrait avoir tout son effet. La raison en est que, dans ce cas le créancier est de bonne foi : il a dû croire que son titre était en règle; on n'a à lui imputer aucune contravention à la loi; le débiteur même a dû le croire, et la justice ne permettrait pas qu'il profitât de la fausseté d'une énonciation dont il ne serait instruit qu'après. D'ailleurs, le tiers, soit créancier, soit acquéreur, qui voudrait invoquer l'irrégularité de l'inscription, ne pourrait le faire que de mauvaise foi. En effet, relativement à son intérêt, il suffirait qu'il eût eu connaissance de l'inscription pour se tenir en garde; et ce n'était pas à lui à juger le mérite de l'inscription, relativement au faux qui aurait été alors inconnu.

19. Indépendamment des formalités intrinsèques et extrinsèques de l'acte, qui sont requises par la loi pour qu'il porte hypothèque, il faut encore veiller à ce que le notaire ait toutes les qualités requises pour être habile à instrumenter. Il faut, par exemple, que l'acte soit passé dans le ressort, l'arrondissement ou le canton dans lesquels l'article 5 de la loi du 25 ventôse an 11 lui donne le droit d'exercer ses fonctions; car s'il le passait hors de ces limites, il perdrait son caractère d'officier public : l'acte serait nul, s'il n'était pas revêtu des signatures des parties contractantes; et, étant revêtu de ces signatures, il ne vaudrait que comme écrit sous seing privé. Tel est le résultat

[1] J'avais fait la dissertation ci-dessus, sur l'arrêt rapporté par Denevers, au lieu que j'ai indiqué. Long-temps après l'avoir faite, j'ai remarqué la dissertation ample et profonde faite par M. Merlin, qui a formé ses conclusions lors de cet arrêt. Elle est rapportée au Répert. de jurispr., au mot *Enregistrement* (droit d'), § 4. Je prends une nouvelle confiance dans mes idées, dès qu'elles rentrent dans celles d'un profond jurisconsulte

de la combinaison des articles 6 et 68 de cette loi du 25 ventôse an XI, qui se rapportent aux art. 1317 et 1318 du Code civil. Sur cette incapacité des notaires, on peut consulter un arrêt de la Cour royale de Pau, du 11 mars 1811, rapporté par Denevers, *an* 1812, *pag.* 68, *au suppl.* Cette Cour est allée jusqu'à juger que les notaires, dans l'intervalle de la publication de la loi du 25 ventôse an XI, à la prestation de leur nouveau serment, n'avaient pu continuer d'instrumenter dans leur ancien ressort; ce qui n'était pas sans difficulté.

§ II.

Des conventions dans lesquelles il y a, ou non, une hypothèque acquise, qui puisse donner lieu à l'inscription.

SOMMAIRE.

20. *L'hypothèque suit les modifications de l'obligation, quant aux effets et à l'exécution.*
21. *Du terme ou délai apposé à l'obligation. Observations particulières sur les obligations contractées par simple promesse.*
22. *Des obligations conditionnelles. Des conditions potestatives. Des conditions casuelles.*
23. *Exemples des conditions potestatives.*
24. *Exemples de quelques conditions casuelles.*
25. *De la condition mixte, de celle qui dépend de la volonté d'un tiers.*
26. *De quelques cas où il n'y a pas, à proprement parler, de condition, mais plutôt réciprocité d'engagemens.*
27. *Suite de la discussion sur les obligations conditionnelles.*
28. *Le créancier qui a fait une inscription pour une obligation conditionnelle, ne peut rien réclamer au delà de son évaluation.*
29. *Du mandat.*
30. *Réflexions générales sur les obligations conditionnelles. L'hypothèque doit toujours être certaine.*

20. On sent facilement que l'hypothèque, quant à ses effets et à son exécution, doit recevoir les mêmes modifications qui sont inhérentes à l'obligation qui en fait le fondement. Il y a des obligation qui se contractent d'une manière absolue, et dont l'exécution dépend de suite de la volonté du créancier. Il y en a dont le montant n'est exigible que dans des termes convenus. Il y en a, enfin, qui sont grevées de conditions qui peuvent être de plusieurs sortes, et l'hypothèque suit le sort de l'obligation pour la garentie de laquelle elle a été stipulée. Cette idée générale et vraie, a été émise très clairement par Neguzantius, 2° *membro* 2ª *part.*, n° 3, d'après les dispositions des lois romaines, et surtout d'après la loi 5, ff. *de pign. et hypoth. Item præmitte quòd hypotheca et obligatio bonorum potest interponi in quolibet contractu seu obligatione, sive sit pura, sive in diem, sive conditionalis : et tàm in contractu qui de præsenti celebratur, quàm etiam pro eo qui jàm celebratus est : et tàm pro toto debito, quàm pro parte.* On sent bien que s'il y a des difficultés à faire connaître, et des principes à expliquer, c'est uniquement pour ce qui concerne les obligations et hypothèques contractées avec des termes, ou sous des conditions, et encore moins pour les premières que pour les secondes ; car l'obligation pure et simple n'est susceptible d'aucune observation.

21. Quant au délai accordé au débiteur, n'importe qu'il y ait un ou plusieurs termes, l'hypothèque s'opère dès l'instant même du contrat; et dès cet instant on peut lui donner son efficacité par l'inscription. Le terme n'est pas une condition ; il n'empêche pas que l'obligation ne soit certaine : c'est ce qui est dit dans la loi 1re, ff. *qui pot. in pign.* : *Non utiquè solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis.* Cette décision est si évidemment juste, qu'il n'est pas étonnant qu'elle ait été répétée par tous

les auteurs anciens. Aussi la voit-on consignée en termes précis dans l'art. 1185 du Code civil : « Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution. »

Mais il faut à ce sujet faire une remarque essentielle, pour le cas où il s'agirait d'une promesse sous seing privé, et où le créancier serait obligé de faire assigner le débiteur en reconnaissance d'écriture, afin d'avoir une hypothèque. Deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 15 janvier, l'autre du 17 mars 1807, rapporté par Denevers, *même année*, *pag.* 114 *et* 154, avaient jugé, en conséquence de la loi du 11 brumaire an 7, et de l'art. 2123 du Code civil, qui ne fait à cet égard aucune distinction, que le créancier du montant d'un billet sous seing privé pouvait faire citer son débiteur en reconnaissance d'écriture, même avant l'échéance du terme, et qu'il avait une hypothèque à compter de la reconnaissance. Mais il a été rendu ensuite une loi du 3 septembre même année 1807, qui veut que lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de l'obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire, en vertu de ce jugement, qu'à défaut de paiement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, *à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire.* Cette loi contient encore deux articles relatifs au cas dans lequel le débiteur doit supporter les frais relatifs aux jugemens et ceux d'enregistrement.

On sent donc que, lorsque l'engagement se contracte sous seing privé avec termes, on doit, ce qui ne serait pas nécessaire dans un acte notarié, ne pas oublier, si telle est l'intention des parties, de stipuler que la reconnaissance de l'obligation pourra être demandée avant l'échéance ou l'époque de *l'exigibilité.* Cette dernière expression peut s'entendre du cas où le paiement serait soumis à une condition.

Le motif de la loi est qu'en pareille circonstance, le débiteur est présumé n'avoir pas voulu donner hypothèque à son créancier, à moins qu'à l'échéance les billets ne fussent point acquittés : pour faire cesser cette présomption, il faut une stipulation contraire.

22. Mais par rapport aux conditions auxquelles l'engagement peut être subordonné, il se présente des difficultés qui demandent de l'attention. Il est dit dans l'art. 2132 du Code civil : « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte : si la créance résultant de l'obligation *est conditionnelle pour son existence*, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire s'il y a lieu. »

Suivant cet article, on peut obtenir une hypothèque et prendre une inscription pour une obligation *conditionnelle pour son existence.* Mais on sent, au premier coup d'œil, que cet article n'a pas voulu admettre l'hypothèque, et par conséquent autoriser l'inscription pour toutes obligations quelconques qui seraient subordonnées à des conditions, puisqu'il est conçu dans un sens restrictif, relativement à la nature de la condition. Mais il y a plusieurs sortes de conditions. Les unes annuleraient l'obligation ; d'autres la laisseraient subsister du jour même de sa date, et d'autres enfin renverraient l'effet de l'obligation et de l'hypothèque au jour où l'évènement qui ferait l'objet de la condition serait arrivé. On sent donc qu'il devient essentiel de rechercher et de remarquer ces différentes sortes de conditions.

Cette matière a été traitée par un grand nombre d'auteurs avec plus ou moins d'étendue. Ce sera une chose utile que de réduire les difficultés à une seule question qui sera infiniment simple ; et on peut y parvenir quand on est pénétré des principes par lesquels on doit se guider. Or, cette question est celle-ci : Quoique l'obligation soit conditionnelle, lie-t-elle ou non celui qui s'oblige dès l'instant du

contrat? Il sera lié dès ce moment, et l'hypothèque à laquelle il consentira aura son effet du jour de l'inscription qui la suivra, quoique l'obligation soit conditionnelle, et quoique son exécution dépende d'un évènement incertain qui peut arriver ou ne pas arriver, pourvu que ce soit le seul évènement indépendant de sa volonté, qui donne effet à l'obligation, et non sa volonté. En d'autres termes, le contrat et l'hypothèque auront leur effet *actu*, si la condition est purement *casuelle;* et il n'y aura ni obligation ni hypothèque, si la condition est *potestative* de la part de l'une ou de l'autre des parties; car, dans ce dernier cas, il n'y aurait pas, à proprement parler, d'obligation. Telle est l'analyse de ce qu'on voit dans les lois romaines, et de ce qu'ont dit Barthole, Cujas, Neguzantius, au lieu que j'ai déjà cité; Basnage, *chap.* 6, *pag.* 71 *et* 72, *édit. de* 1702, *et chap.* 11, *pag.* 122, 123 *et* 125; Domat, *Lois civiles*, *liv.* 3, *tit.* 1er, *sect.* 1re *et suiv.;* d'Héricourt, *de la vente des imm. ch.* 11, *sect.* 2, *n°* 17; et Pothier, *Introd. au tit.* 20 *de la Coutume d'Orl.*, *ch.* 1er, *nos* 26 *et* 27.

Ainsi, si l'obligation est indépendante de la volonté de l'une ou de l'autre des parties, si elle dépend entièrement du *hasard*, ainsi que cela est dit dans l'article 1169 du Code civil, son exécution seule est suspendue jusqu'à l'évènement; mais cet évènement arrivant, et arrivant dans un sens qui fait accomplir la condition sous laquelle l'obligation est contractée, cette condition accomplie a un effet rétroactif au jour de l'obligation, et de l'hypothèque, lorsqu'elle est stipulée avec spécialité, comme elle doit l'être sous notre régime actuel; et dès lors l'inscription a pu être prise à l'époque même de la constitution de l'hypothèque. Telle est la disposition précise d'une foule de lois romaines, qui donnent plusieurs exemples de cette espèce de condition; c'est ce qui résulte notamment des lois 9 et 11, ff. *qui pot. in pig. Cùm enim semel conditio extitit*, est-il dit dans cette dernière loi, *perindè habetur ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.* Basnage s'explique avec beaucoup de précision, lorsqu'en résumant la disposition des lois et le sentiment des anciens auteurs, il dit : « La condition qui dépend purement de la volonté des contractans, *suspend l'obligation*, jusqu'à ce qu'elle soit parfaite; la condition casuelle *proroge seulement l'effet de l'obligation*, mais cependant elle ne laisse pas d'être entièrement parfaite...... Et par l'évènement de la condition, *l'obligation étant rendue parfaite a un effet rétroactif au temps de la convention.* »

J'ai remarqué, dans les actes anciens, que les notaires disaient, dans le cas dont il s'agit, que les biens de celui qui s'obligeait éventuellement demeuraient affectés et hypothéqués, *dès à présent comme dès lors*, ce qui comprenait et identifiait les deux époques et du contrat et de l'arrivée de l'évènement. Cette clause était une application pratique des principes que je viens d'exposer. Et lorsque je l'avais dans la pensée, j'ai remarqué que Neguzantius en relève l'énergie. Il la rend en ces termes, 2e *memb.* 2e *part.*, *n°* 4 *et* 5, *pag.* 28 *et* 29, *édit. de* 1683 : *Clausula* EX NUNC PROUT EX TUNC. Il en exprime ainsi la valeur et l'effet : *Dicta verba* EX NUNC PROUT EX TUNC *operantur quòd non tempus videatur alteri inesse. Valet præsens tempus in futuro, et è converso, et ex quolibet dictorum temporum dici potest conventionem seu actum sumere initium.* C'est en ce sens qu'on doit appliquer l'article 1179 du Code civil, où il est dit : « La condition accomplie a un effet rétroactif au jour *auquel l'engagement a été contracté.* » Ce principe semble avoir été puisé dans Domat, *Lois civiles*, *liv.* 3, *tit.* 1er, *sect.* 3, *n°* 17, qui le rend de la manière la plus lucide, et où l'on trouve quelques additions importantes sur les suites du même principe. Ainsi, dit-il, le créancier pourra, avant que la condition soit arrivée, veiller à la conservation de son droit, soit en prévenant des aliénations frauduleuses, ou en s'opposant aux saisies des biens sujets à son hypothèque, ou en interrompant une prescription contre un tiers détenteur. Dans des notes

particulières, on voit ce qui doit être pratiqué à l'ordre relativement à la créance, ainsi suspendue par une condition incertaine; et ce qu'il dit à ce sujet se pratique journellement dans les tribunaux.

Mais si la condition apposée à l'obligation, au lieu d'être *casuelle*, est *potestative*, alors il n'y a pas d'obligation; cette condition n'en suspend pas seulement l'exécution, elle en détruit l'effet, ou, au moins, ainsi que le dit Basnage, dont j'ai déjà rapporté les expressions, cette condition *suspend l'obligation* jusqu'à ce qu'elle soit parfaite : car on sent que les parties peuvent compléter l'obligation dans la suite, en modifiant une pareille condition.

23. Ceci s'éclaircira mieux par quelques exemples : je me borne à deux, que je prends dans Basnage. Tout ce que je dis ici peut paraître trop élémentaire au premier abord; mais ce serait une idée qui ne serait pas juste. Il s'agit d'uue matière naturellement métaphysique, et lorsque les difficultés s'y élèvent, on a toujours besoin de recourir aux élémens.

Relativement au premier exemple, Basnage suppose qu'un particulier s'engage en ces termes : *Si Titius me prête de l'argent, je consens que mon bien lui soit hypothéqué*; et qu'avant de rien recevoir de Titius, il contracte envers *Sempronius* une obligation pour de l'argent que Sempronius lui prête et lui compte; il demande lequel sera préférable de *Titius* ou de *Sempronius*. Il se décide pour la préférence en faveur de *Sempronius*, qui a compté les deniers avant Titius. Il se fonde sur la disposition de la loi 11, ff. *qui pot. in pign. hab.*, qui y est en effet précise. La raison en est, qu'en suivant l'exemple proposé par la loi, Titius pouvait ne pas compter de l'argent, parce qu'il ne pouvait pas y être forcé, et que celui qui avait donné cette sorte d'hypothèque pouvait ne pas être obligé à prendre l'argent que Titius aurait pu vouloir lui donner. Or, personne n'étant obligé par une pareille convention, il n'y aurait eu une obligation réelle qu'au moment où Titius aurait délivré les deniers; et l'obligation passée intermédiairement aurait porté une hypothèque avec effet. On peut encore consulter la loi 9, § *ampliùs*, ff *qui pot. in pign.*, et la loi 44, ff *quæ res pign.* Une réflexion judicieusement faite par Domat, *L. civ.*, *liv.* 3, *tit.* 1er, *sect.* 1re, *n°* 4, confirme cette doctrine; « et dailleurs, dit-il, si l'hypothèque s'acquérait ainsi, il seroit facile, par une obligation de cette nature faite à un prête-nom, de frauder les créanciers de qui on pourrait emprunter ensuite. » Quoique la publicité actuelle de l'hypothèque puisse modifier cette réflexion, elle ne reste pas moins en ce sens que des créanciers ou acquéreurs postérieurs pourraient opposer la nullité de la première obligation et de l'hypothèque qui auroit été stipulée.

Basnage propose le second exemple en ces termes : « Si vous m'aviez promis cent écus lorsque vous iriez à Paris, et que, pour assurance de la restitution de vos deniers, je vous engageasse mon bien, et qu'avant que vous fissiez le voyage, je contractasse des dettes; quoiqu'après votre retour, je reçusse de vous l'argent que vous m'aviez promis, vous n'aurez pas hypothèque du jour de la première convention, mais du jour de l'évènement de la condition, parce que c'est en ce temps là que l'obligation a été parfaite et accomplie, puisque auparavant il dépendait de votre volonté de ne me point bailler d'argent, ne pouvant vous y contraindre. » On sent, en effet, qu'il n'y avait eu primitivement ni obligation ni hypothèque; c'est encore ce que Pothier explique particulièrement au n° 205 de son *Traité des obligations*; et c'est en ce sens qu'on doit entendre l'art. 1174 du Code civil, conçu en ces termes : « Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition *potestative* de la part de celui qui s'oblige. »

24. Il serait inutile de s'appesantir sur les exemples d'une condition casuelle; cette condition s'entend trop facilement, et on en trouve trop d'exemples dans les auteurs; je me contenterai de dire qu'il n'y a rien de plus ordinaire dans la pratique, que les engagemens soumis à une condition

casuelle ; telles sont les donations de gain de survie, de douaire, de pensions viagères, ou de sommes déterminées après le décès d'une personne, et dans le cas où on lui survivrait. L'évènement arrivant, l'hypothèque date du jour de l'obligation, et non pas seulement du jour de l'évènement.

Il y aurait encore une condition casuelle dans le cas où un vendeur hypothéquerait spécialement d'autres fonds que ceux vendus, pour la garantie de la vente, en cas d'éviction. Cette éviction arrivant, l'hypothèque pour la garantie remonterait au jour de l'acte, et l'inscription aurait effet du jour de sa date.

Dès que l'objet de cet ouvrage est d'indiquer les moyens de contracter avec sûreté, et de se préserver de négligences ou d'inattentions qui pourraient avoir des suites fâcheuses, je crois devoir observer que, dans ce cas, il est de l'intérêt du vendeur, si toutefois cela est possible, de limiter la durée de la garantie à une époque où il y aura certitude ou probabilité qu'il n'y aura point de danger d'éviction. Cette mesure aurait l'effet d'éviter l'embarras que pourrait jeter dans la fortune du vendeur une garantie illimitée, pour laquelle des inscriptions pourraient être à jamais renouvelées tous les dix ans. Si la garantie contractée avec stipulation d'hypothèque sur d'autres biens que ceux vendus, pour cause des inscriptions hypothécaires qui grèveraient ces biens vendus, et que, suivant la convention, l'acquéreur serait obligé de supporter, au moins jusqu'à ce que les créanciers inscrits le forçassent à purger, on stipule ordinairement que cette garantie cessera, et que la radiation de l'inscription hypothécaire, prise en conséquence par l'acquéreur, aura lieu en rapportant la mainlevée des inscriptions hypothécaires des tiers créanciers qui porteraient sur les objets aliénés.

25. Basnage, auteur profond sur cette matière, mais qui ne l'a pas traitée assez méthodiquement, après s'être déjà expliqué sur les obligations conditionnelles, y revient, *chap.* 12, *p.* 273, *édit. de* 1702, et y assimile fugitivement, et sans autre explication, la condition mixte à la condition casuelle. « La règle de priorité, dit-il, a lieu pour les obligations conditionnelles, comme pour les obligations pures et simples, lorsque la condition est *casuelle et mixte*, et qu'elle ne dépend point de la *seule* volonté du débiteur ; en ce cas, elle a un effet rétroactif au temps du contrat. » Il cite deux lois où il n'est point parlé de la condition *mixte*, mais seulement de la condition *casuelle*. Cet auteur a dit une vérité ; mais quelques réflexions deviennent nécessaires, pour la rendre intelligible, et pour faire sentir comment elle peut s'appliquer. Pour cela, il faut savoir ce qu'on doit entendre par condition *mixte*.

Pothier, *des obligations*, n° 201, l'avait ainsi définie, « celle qui dépend du concours de la volonté du créancier et de celle d'un tiers, comme celle-ci, *si vous épousez ma cousine*. » Le Code civil, article 1171, la définit en ces termes : « La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté *d'une des parties contractantes*, et de la volonté d'un tiers. » Ces deux définitions sont différentes, au moins relativement aux circonstances qui pourraient se présenter, et dans lesquelles il faudrait appliquer les principes. *La volonté du créancier* n'est pas la même chose que *la volonté d'une des parties contractantes*.

En effet, la condition peut se rapporter à un fait qui sera considéré comme l'évènement duquel dépendra le sort de l'obligation ; et il arrivera souvent que, pour que ce fait existe, il faille la volonté d'une des parties contractantes et la volonté d'un tiers ; mais faut-il que cette partie contractante soit celle qui, selon l'évènement ou le fait, aurait dû la somme, ou celle qui aurait dû la recevoir. Or, en y réfléchissant, on est convaincu que, quelle que soit celle des parties contractantes dont la volonté doive concourir avec celle d'un tiers pour l'accomplissement d'un fait qui est devenu l'objet de la condition, cette condition, quoique *mixte* sous le rapport de la nécessité de ce concours de volonté, n'en est pas moins une condition *casuelle* ; et que dès lors l'obligation, contractée sous cette

condition, et l'hypothèque qui y est attachée, existent dès le moment même de l'obligation, et non pas seulement du jour de l'accomplissement du fait ou de la condition, sauf néanmoins la résolution de l'engagement, selon que le fait ou l'évènement arrive ou n'arrive pas. En sorte que la définition donnée par le Code civil est bien préférable à celle de Pothier. Au surplus, la définition donnée par cet auteur pouvait ne pas présenter des idées nettes, parce que cette définition, ainsi qu'on le voit au n° 214, a trait plutôt aux dispositions gratuites conditionnelles, qu'aux conventions ordinaires, soumises aussi à des conditions; et on s'égarerait facilement, si on appliquait les mêmes règles à ces deux matières, qui tiennent à des principes différens.

Tout ceci dépend des circonstances, qui varient à l'infini, et on ne peut que citer quelques exemples. Si *Mévius* s'obligeait, dans la stipulation d'une hypothèque spéciale, de payer à *Titius* une somme que celui-ci s'engagerait de la même manière à lui rendre, mais avec la condition que *Sempronius* s'associerait au commerce de *Titius*; dans ce cas, je pense que cette association arrivant, elle aurait un effet rétroactif au jour même de l'obligation, et que dès-lors l'hypothèque serait acquise du jour de cette obligation, et l'inscription aurait son effet du moment où elle aurait été prise. Cependant, sous un certain rapport, on pourrait dire qu'il y a condition *mixte*, puisque l'association prévue ne peut se faire que par le concours des volontés de *Titius* et de *Sempronius*; mais on voit que dans ce cas, *Titius* n'a contracté, ni agi dans un sens tel que l'exécution de son engagement dépendît de sa seule volonté. C'est uniquement dans son intérêt que l'association de *Sempronius* a dû avoir lieu. Si cette association se fait, il suffit à *Titius* de la faire connaître à *Mévius*, et il ne résulte pas de cette association un nouveau contrat. Celui déjà fait subsiste dans toute sa force. En un mot, l'obligation ne dépend pas de la seule volonté de l'une des parties contractantes.

De ce qui vient d'être dit, il résulte, et à plus forte raison, que l'hypothèque devient également acquise dès l'instant de l'obligation, lorsqu'elle dépend de la seule volonté d'un tiers. Alors la condition peut être assimilée à une condition casuelle. Il est contraire, dit Pothier, *des obligations*, n° 205, à l'essence de l'obligation qu'elle dépende de la pure et seule volonté de celui qu'on supposerait l'avoir contractée; mais elle peut dépendre de la pure et seule volonté d'un tiers. C'est pourquoi je peux valablement contracter l'obligation de donner ou de faire quelque chose, *si une certaine personne tierce y consent*. Il se fonde sur les lois 43 et 44, ff. *de verb. oblig.*

26. Je crois qu'en suivant avec attention les principes que je viens d'exposer, il est difficile de se tromper sur l'application. Et si ces principes eussent été bien appréciés, on n'aurait pas vu de difficultés dans certains cas, et particulièrement dans deux sur lesquels deux auteurs ont été divisés.

M. Persil, *Régime hypothécaire*, sur l'art. 2114 du Code civil, n° 3, présente cette hypothèse : « Un banquier ouvre un crédit à l'un de ses correspondans, jusqu'à concurrence d'une somme qu'il détermine; mais il exige de lui une hypothèque que celui-ci consent. Ce banquier prend son inscription sur le champ, et avant d'avoir réellement fourni aucune portion de la somme qu'il a mise à la disposition de son correspondant. Ce dernier fait faillite, et engage ses autres créanciers à critiquer cette hypothèque; cette critique peut-elle être fondée sur ce qu'il n'y avait pas réellement d'obligation principale de la part du correspondant, tant qu'il n'avait pas reçu d'argent et usé du crédit que lui avait ouvert son banquier; que cette obligation ne pouvait naître que du jour où, puisant dans la caisse de ce dernier, il devient réellement son débiteur, et contracte l'engagement de lui restituer les sommes qu'il en a reçues? »

M. Merlin, *Question de droit*, au mot *Hypothèque*, § 3, pose une autre question en ces termes : « Quel est l'effet de l'inscription hypothécaire prise par *Titius* sur

un contrat passé devant notaire, entre lui et un manufacturier, par lequel il s'est obligé de fournir à celui-ci des matières brutes, que le manufacturier s'est obligé, de son côté, de fabriquer pour le compte de *Titius*, en lui affectant un immeuble pour sûreté de ces matières, jusqu'à la concurrence d'une somme déterminée? Cette inscription donne-t-elle une hypothèque à *Titius*, à compter du jour où elle a été prise? et doit-elle avoir son effet, en cas que le manufacturier, abusant des matières qui lui ont été fournies, et dont le compte ne résulte que de la correspondance des parties ou de leurs registres, vienne à en disposer comme de sa propre chose? »

Dans ces deux cas, l'hypothèque a dû remonter au jour même de l'obligation, et l'inscription a dû avoir son effet du jour de sa date. Au premier cas, le banquier qui ouvre le crédit est obligé d'en fournir le montant à la volonté du correspondant; au second cas, le fournisseur et le manufacturier ont respectivement le droit de réclamer l'exécution du contrat, et la convention n'a été faite que dans les idées d'une prompte exécution. La solution de la question se trouve dans la loi *Qui dotem*, ff. *qui pot. in pign.* Cette loi suppose qu'un particulier a reçu une hypothèque pour une somme qu'il s'oblige de payer, et que cette obligation soit acceptée; elle suppose ensuite qu'avant que celui qui a dû payer la somme, ait réalisé le paiement, celui avec qui il a contracté, donne hypothèque à un autre, et que ce ne soit qu'après cet engagement, que le premier créancier s'acquitte de ce qu'il avait promis : la loi décide que, dans ce cas même, le premier engagement a son effet préférablement au second. Quelle en est la raison? C'est parce que, comme le dit Mornac sur cette loi, d'après Balde et Barthole, il y avait une obligation constante et absolue, par laquelle l'un devait payer ou délivrer, et l'autre devait recevoir; ce qui rentre dans les principes que j'ai déjà exposés. *Tempus contractæ obligationis spectandum*, dit Barthole, *non autem tempus solutionis seu numerationis, quandò non est in potestate debitoris pecuniam non accipere.* Balde s'exprime encore avec la même certitude, en faisant dépendre également la date de l'hypothèque du jour du contrat, et non de celui du paiement, lorsqu'il y a engagement réciproque, et que l'exécution de cet engagement ne dépend point de la volonté des contractans. J'observerai encore qu'il n'y a pas d'autre raison qui décide à attribuer l'hypothèque à un bail de ferme, du jour qu'il a été passé, quoique le bail ne commence que bien après, parce que, comme le dit d'Héricourt, *ch.* 11, *sect.* 2, n° 17, le fermier ne peut se dispenser d'exécuter le bail, suivant son engagement. Il y a obligation réciproque, dès le moment du contrat, et dès lors elle est parfaite.

M. Persil s'était décidé, et avec raison, dans son hypothèse, pour la validité de l'hypothèque dès l'instant de l'obligation. M. Merlin avait adopté une opinion contraire, relativement à son hypothèse, qui était néanmoins susceptible de la même décision; mais il s'était donné le mérite de revenir de cette opinion dans la *2ᵉ édition de son Recueil des quest. de droit.* Une obligation conditionnelle, dit-il, peut être inscrite au bureau des hypothèques, comme une obligation pure et simple : la loi du 11 brumaire an 7 ne le défendait pas, et l'art. 2132 du Code civil le permet formellement. D'un autre côté, quand la somme pour laquelle l'hypothèque est donnée, ne serait pas déterminée par le contrat, l'hypothèque n'en serait pas moins susceptible d'inscription, en la requérant jusqu'à concurrence d'une valeur estimative, déclarée par l'inscrivant, sauf réduction, conformément au même article 2132; et enfin, M. Tarrible adopte absolument les idées dans lesquelles je viens de m'expliquer, dans un article du Répertoire de jurisprudence, dont il est l'auteur, au mot *Hypothèque*, *sect.* 2, § 3, *art.* 6, n° 3, où il présente quelques nouveaux exemples [1].

[1] Après avoir ainsi traité la question, j'ai remarqué dans le recueil de *Denevers*, an 1813, *pag.* 33, *au suppl.*, un arrêt de la Cour royale de Caen, du 11 août 1811, qui a jugé conformément à l'opinion que j'ai adoptée, ainsi que l'arrête

27. On doit cependant remarquer une observation par laquelle M. Merlin, *Quest. de droit*, au mot *Hypothèque*, termine sa discussion. « Sans doute, dit-il, Titius (le fournisseur des matières) ne pourra, dans la suite, faire valoir son inscription, qu'en prouvant par des actes *authentiques* qu'il a réellement fourni au manufacturier les matières que celui-ci s'est obligé de fabriquer pour son compte. Sans doute, ni ses livres, ni ceux du manufacturier, ni leur correspondance, ne pourront, à cet égard, servir de preuves contre des tiers : mais du moins, s'il peut établir ses livraisons par des actes *authentiques*, on ne pourra pas lui opposer le défaut d'inscription de ces actes au bureau des hypothèques. »

M. Merlin admet le principe que l'inscription de l'hypothèque prise, même avant les livraisons, doit avoir son effet; mais il veut qu'alors les livraisons des matières soient établies par actes *authentiques*. M. Persil est aussi du même avis, relativement à la manière de constater les remises de fonds, qui devaient se faire dans son hypothèse. Mais cette opinion, pour les deux cas, peut n'être pas vraie, dans le sens d'une absolue nécessité. Les circonstances peuvent influer puissamment, comme cela arrive toujours en matière de fraude, sur le degré de confiance qu'on doit avoir pour les livres respectivement tenus, surtout lorsqu'ils le sont régulièrement; et la règle générale qui paraît résulter des articles 1329, 1330 du Code civil, et de l'article 12 du Code de commerce, que les livres des marchands ne font foi qu'entre eux, et pour les seuls objets relatifs au même genre de commerce; cette règle, dis-je, est susceptible de modification dans les deux espèces dont il s'agit, par cela seul qu'il y a eu une inscription hypothécaire. Quel est, en effet, le résultat de cette inscription? C'est d'annoncer à celui qui, dans la suite, voudrait prêter au particulier sur lequel porte l'inscription, qu'il existe une hypothèque qui primera la sienne. Si, malgré cet avertissement, on contracte avec ce particulier, on n'est plus présumé de bonne foi, ou au moins on peut être accusé d'imprudence; et, dans le doute, tout doit s'interpréter contre celui qui a à se l'imputer. Il faut laisser au débiteur qui a souscrit l'hypothèque, d'en demander ou la radiation, ou la réduction; et le tiers à qui il a recours pour emprunter et s'obliger, est peu favorable lorsqu'il veut prendre sur lui le soin de discuter la validité d'une hypothèque déjà existante. On conçoit facilement que, dans les principes du droit romain, sous lequel l'hypothèque était occulte, le dernier créancier, dans un intérêt qui paraissait alors plus légitime, parce qu'il avait pu être trompé, ait pu entrer dans l'examen et la discussion d'une hypothèque précédemment constituée; mais cette position peut n'être plus la même, d'après notre législation, qui admet la publicité de l'hypothèque; et, à ce sujet, nous devons remarquer que cette publicité doit donner, en général, une direction aux idées, différente de celle qui avait lieu anciennement. Au surplus, on conçoit bien que le soin de faire constater, par un acte authentique, les remises de fonds et les livraisons des marchandises, à mesure qu'elles s'effectuent, est le parti le plus sûr, nous entendons seulement dire que le défaut de cette précaution n'entraînerait pas toujours la déchéance de l'hypothèque, qui remonterait au jour de l'inscription.

28. Je termine ce que j'avais à dire sur l'hypothèque conditionnelle, par une observation importante. C'est que le créancier qui, suivant l'article 2132, a pris une inscription d'après une évaluation, sa créance étant indéterminée, ne peut

de la Cour de cassation qui rejette le pourvoi contre le premier arrêt. L'arrêt de la Cour de cassation est rapporté dans le même recueil, an 1814, *pag.* 247. Il est vrai que ces arrêts sont rendus pour la première hypothèse; mais les principes s'en appliquent également à la seconde. Je dois encore observer qu'à la suite de l'arrêt de la Cour de Caen, l'arrêtiste présente quelques observations contre sa décision; mais après les avoir examinées avec attention, l'arrêt m'a paru toujours conforme aux principes tant de l'ancienne que de la nouvelle législation.

rien demander au-delà de son évaluation, au moins contre les autres créanciers et contre l'acquéreur. L'inscription, par cette évaluation, devient un contrat entre eux et le créancier qui a pris cette inscription. Cela a été ainsi jugé, et avec raison, par un arrêt de la Cour d'appel de Liége, du 24 août 1809, qu'on voit dans le Recueil de Denevers, *an* 1810, *pag.* 100, *au suppl.*

29. Ce qu'on vient de dire s'applique également au mandat qui serait passé par acte par-devant notaire, par lequel le mandant se serait obligé à payer les indemnités ou salaires, avances ou frais du mandataire, pour lesquels il y aurait une affectation spéciale par hypothèque; il serait indifférent qu'il y eût une somme déterminée ou non, sauf, dans ce dernier cas, à prendre une inscription pour une valeur estimative qui serait déclarée, conformément à l'article 2132 du Code civil.

D'après les principes développés dans les n^{os} ci-dessus, le mandant s'oblige réellement et dans son intérêt, et le mandataire s'est obligé d'exécuter le mandat. Le défaut d'exécution du mandat pourra bien donner lieu à des dommages-intérêts envers le mandant; celui-ci pourrait encore le révoquer, d'après la faculté que lui en donne la loi; mais jusque-là l'obligation n'existe pas moins, et elle a eu une juste cause. C'est sur la foi de cette obligation que le mandataire a dû se déplacer, faire des avances; et dès lors il a très bien pu prendre ses précautions pour en assurer le recouvrement, d'après l'état de la fortune du mandant, à l'époque du mandat, parce que cette fortune pourrait diminuer dans la suite. Il arriverait souvent que le mandataire ne pourrait pas prendre ces précautions au moment même où il commencerait à faire les dépenses et les frais nécessaires pour l'exécution du mandat, ce qui aurait lieu si, pour cette exécution, il avait été obligé de s'éloigner du mandant à une grande distance.

Le mandant peut aussi lui-même prendre inscription avec effet sur le mandataire, pour la sûreté des sommes qu'il toucherait, en vertu du mandat, pourvu que l'acte qui le constitue porte une affectation spéciale d'hypothèque. On peut se décider pour ce cas, par les mêmes raisons qui militent pour le cas inverse. S'il a pu y avoir anciennement quelques difficultés à cet égard, ces difficultés disparaissent, d'après l'esprit de l'article 2132 du Code civil, et d'après la publicité de l'hypothèque, qui, comme je l'ai déjà dit, jette quelque défaveur sur le tiers qui contracte au préjudice d'une inscription connue, et qui semble vouloir acheter le droit de contester cette inscription.

30. Au surplus, je ne prétends pas, et à beaucoup près, avoir épuisé tout ce qu'on peut dire sur les effets des obligations conditionnelles; je n'ai même pas dû le tenter. Il n'y a peut-être pas, dans le droit, de matière plus étendue que celle des conditions, quand on veut la considérer sous tousses rapports, et il n'y en a pas aussi de plus délicate et de plus subtile. Cela ne dérive pas seulement de la variété infinie des conditions, même lorsqu'elles sont apposées seulement aux obligations, mais encore des nouveaux points de vue sous lesquels il faut considérer les conditions, lorsqu'elles sont apposées aux dispositions gratuites, ainsi que je l'ai déjà remarqué. On pourra, selon les occasions, consulter les auteurs qui, tels que Pothier, se sont particulièrement expliqués sur les conditions. Les modes varient à l'infini; et plusieurs, qui paraissent se ressembler, mènent à des conséquences différentes; d'autres, qui, au premier abord, paraissent opposés, produisent néanmoins les mêmes effets. J'ai dû me renfermer dans mon sujet, et j'ai cru qu'il me suffisait de présenter, avec le plus de précision qu'il m'était possible, les principes généraux d'après lesquels on pût se retrouver aisément sur les conséquences.

Mais à tout ce que j'avais à dire sur les obligations conditionnelles, je dois ajouter une réflexion qui s'applique à toutes; c'est que, quelle que soit la condition à laquelle l'obligation et l'hypothè-

que sont soumises, il est toujours nécessaire que l'hypothèque frappe spécialement et directement sur un objet précis ; il ne doit y avoir, à cet égard, aucune incertitude; l'objet de l'hypothèque doit être déterminé et assuré, et, par conséquent, celui de l'inscription. Tel est le résultat de la spécialité ; l'hypothèque doit être annoncée dans l'inscription, comme devant être certaine et comme devant durer, ainsi que toutes les autres hypothèques, jusqu'à ce que celui qui en est grevé en obtienne la radiation contre le créancier inscrivant. Il serait infiniment dangereux pour ce dernier de laisser des doutes sur l'existence et la permanence de l'hypothèque, soit dans le mode dont elle est constituée, soit dans l'inscription qui doit en être la représentation fidèle. Il doit y avoir, à cet égard, une certitude telle que, soit le débiteur, soit les tiers intéressés, ne puissent point équivoquer sur la base et l'effet de l'hypothèque, et sur le but de l'inscription.

Pour qu'on saisisse l'idée plus facilement, je supposerai le cas où un débiteur voudrait, pour la même créance, hypothéquer un immeuble *principalement*, et un autre immeuble *subsidiairement*; de manière que, dans le cas où il disposerait du premier, il pût demander que l'inscription dont il aurait été grevé fût radiée, et que l'hypothèque se reportât uniquement et entièrement sur le second. Ce n'est pas là précisément une de ces obligations conditionnelles, avec stipulation d'hypothèque, dont j'ai déjà parlé, dont l'exécution est indépendante de la volonté des parties contractantes, et doit avoir lieu selon qu'un événement incertain arrive ou n'arrive pas : mais ces deux espèces de conditions doivent être rapprochées, et une décision relative à l'une d'elles peut servir de guide pour l'autre.

Il a été rendu à ce sujet, par la Cour de cassation, un arrêt important, le 5 décembre 1809, qui est dans le recueil de Denevers, *sous cette année*, *pag.* 503. L'espèce de l'arrêt et ses motifs ont trop d'étendue pour que je les rende littéralement. Je me contenterai de dire que, pour la sûreté d'une rente de 1,200 francs, donnée entre-vifs par le sieur Bavoux à son épouse, il fut dit, dans l'acte, que cette rente serait prise *spécialement* et *limitativement* sur une maison appartenante au sieur Bavoux, sise à Paris, rue Lepelletier, et *subsidiairement* sur une autre maison à lui appartenante, sise à Paris, rue Rochechouart, *laquelle dernière hypothèque ne devait être néanmoins acquise que dans le cas où le sieur Bavoux vendrait la première maison.* L'acte portait qu'alors le sieur Bavoux aurait la liberté de l'affranchir de l'hypothèque qui devait la grever par l'inscription que prendrait la dame Bavoux, *en assurant l'hypothèque*, soit sur la maison rue Rochechouart, soit sur une autre maison patrimoniale d'une valeur et d'un produit certain et assuré.

Il est essentiel de remarquer les termes dans lesquels la dame Bavoux prit son inscription : elle la prit sur la maison rue Lepelletier, et elle ajouta, avec faculté de reporter l'hypothèque sur une maison sise à Paris, rue Rochechouart, dans le cas où Bavoux viendrait à vendre ladite maison susdésignée.

Il arriva dans la suite, d'après des détails compliqués, pour lesquels je renvoie à la lecture de l'arrêt, que Bavoux, qui fit mal ses affaires, hypothéqua et vendit même les deux maisons ; et la dame Bavoux se trouva sans ressources, pour sa créance, d'après la manière dont elle s'était inscrite. Cette inscription fut déclarée devoir être sans effet, sur le fondement qu'elle n'avait réellement d'hypothèque *spéciale*, résultante de la donation, que sur la maison rue Lepelletier, sauf le report de cette hypothèque sur la maison de la rue Rochechouart, ou sur un autre immeuble du donateur, dans le cas prévu; que, conséquemment, l'arrêt attaqué, en accordant à la dame Bavoux une hypothèque sur la maison de la rue Rochechouart, en vertu de la donation, avait ouvertement violé la loi qui n'accorde d'hypothèque conventionnelle que sur l'immeuble *spécialement*

hypothéqué par l'acte; que très inutilement la dame Bavoux aurait pris cumulativement inscription sur l'une et l'autre maison, aucune inscription ne pouvant être prise légalement que sur une hypothèque *spécialement* consentie ; qu'elle n'avait pas même pris une inscription cumulative sur les deux maisons; parce que, dans le fait, elle s'était bornée, par son inscription, *à la faculté de la reporter* sur la maison de la rue Rochechouart ; et que la loi n'accorde pas l'effet de l'inscription à un acte qui ne renferme que *la réserve d'une simple faculté de s'inscrire*, d'autant mieux qu'elle exige une inscription formelle et positive qui manque, puisque cette *simple faculté* n'a pas été réalisée depuis ; que d'ailleurs elle n'aurait pu l'être que quand l'hypothèque assise sur la maison rue Lepelletier, aurait été rayée, parce qu'alors seulement aurait pu commencer à n'avoir effet, par l'inscription, l'hypothèque sur la maison de la rue Rochechouart. La Cour de cassation a pensé qu'en jugeant différemment, la Cour royale avait violé les art. 2, 3, et 4 de la loi du 11 brumaire an 7, qui, en matière d'hypothèque conventionnelle, ne reconnaissent que celle qui est spéciale et accompagnée d'inscription. On sent que ce dernier motif s'applique aussi aux dispositions hypothécaires du Code civil.

Cette décision peut paraître rigoureuse; cependant il serait difficile, en principe, de démontrer qu'elle est sans fondement, en partant toutefois du fait qu'il n'y avait pas eu, à proprement parler, d'inscription particulière sur la maison sise rue Rochechouart. Le tribunal de première instance et la Cour royale avait posé en fait que l'inscription de la femme Bavoux, rapportée au procès, portait également sur la maison rue Lepelletier, et sur celle rue Rochechouart ; mais on ne pouvait pas facilement justifier cette assertion.

Je dois faire remarquer qu'il y avait un moyen bien facile de prévenir la difficulté sur laquelle la femme Bavoux succomba : c'était de stipuler l'hypothèque spéciale sur les deux maisons, rue Lepelletier et rue Rochechouart, avec faculté de s'inscrire sur les deux, et de convenir, par une clause particulière et expresse, que dans un certain cas qui aurait été énoncé, l'hypothèque sur l'un des immeubles cesserait ; qu'on aurait pu demander la radiation de l'inscription qui aurait été faite sur cet immeuble, et que l'hypothèque et l'inscription resteraient dans leur effet uniquement sur l'autre immeuble. On sait combien la rédaction des clauses influe sur l'effet des conventions, et qu'une rédaction fautive les annule souvent, contre l'intention et l'intérêt des parties. Cette dernière réflexion peut s'appliquer à toutes les obligations et hypothèques conditionnelles, suivant la nature des conventions.

---

§ III.

Des personnes qui peuvent, ou non, donner hypothèque. Des ratifications d'actes nuls.

SOMMAIRE.

31. *La faculté d'hypothéquer est la conséquence de celle d'aliéner.*
32. *De ceux qui ne peuvent hypothéquer.*
33. *Des femmes mariées : de celles qui sont sous le régime de la communauté.*
34. *Des femmes mariées sous le régime dotal.*
35. *De la femme séparée de biens.*
36. *De la femme marchande publique.*
37. *Des mineurs.*
38. *Du mineur émancipé commerçant.*
39. *Des interdits, et de ceux qui ont un conseil judiciaire.*
40. *Des hypothèques sur les biens des absens.*
41. *Conclusion de ce qui a été dit sur les incapacités d'hypothéquer. Observations sur les cas de nullités.*
42. *De l'effet de la ratification d'actes nuls. Principes généraux.*
43. *Des ratifications d'actes nuls faits par des femmes mariées. Du cas d'un changement de législation, survenu entre l'acte primitif et la ratification.*

31. Je me suis occupé jusqu'à présent des formes dont les actes doivent être nécessairement revêtus, pour la validité, de la stipulation d'hypothèque. Mais on sent que cette validité dépend encore de beaucoup d'autres causes. L'obligation et l'hypothèque seraient valables ou nulles, selon la capacité ou l'incapacité des personnes qui contracteraient, et de plus selon que les objets que l'on hypothéquerait seraient ou non susceptibles de l'être. On se trouverait, par exemple, dans ce dernier cas, s'il s'agissait d'hypothèques dont on aurait voulu frapper des objets qui n'auraient pas été dans le commerce, ou qui, quoique appartenant à celui qui aurait consenti l'hypothèque, ne seraient pas, par leur nature, susceptibles d'être hypothéqués.

Je m'expliquerai dans le § Ier de la section IIIe du présent chapitre, sur les choses qui ne seraient point susceptibles d'hypothèque; je ne dois parler, en ce moment, que de l'incapacité relative aux personnes.

Il est à propos de poser ici un principe qu'on peut regarder comme fondamental, et duquel il résulte une infinité de conséquences. Ce principe est que la faculté d'hypothéquer est absolument la conséquence de la faculté d'aliéner; en sorte que celui que la loi prive de la faculté d'aliéner, devient également privé de la faculté d'hypothéquer. L'un est une suite de l'autre. Les lois romaines et françaises ont toujours assimilé l'hypothèque à l'aliénation. Il est dit dans la loi 1re, ff. *quæ res vel pign.*: *Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest.* On voit dans la loi 9, Cod. *de pign. et hypoth.*: *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* C'est ce qui a fait dire par Denis Godefroi sur cette loi: *Quæ expressim vendi, ea pignorari et hypothecari possunt.* Ces principes avaient passé dans le droit français; et on les appliquait aux personnes comme aux choses. Aussi Basnage, *Traité des hypoth., chap.* 3, n° 3, a dit, d'après toute l'ancienne législation:

« Puisqu'il n'y a que ceux qui peuvent disposer librement de leurs biens qui les puissent hypothéquer il s'ensuit que les hypothèques constituées par les personnes qui n'ont pas ce pouvoir, *sont de nul effet.* » Au nº 4, il établit encore plus particulièrement cette similitude entre l'interdiction d'aliéner et celle d'hypothéquer. On sent bien que l'hypothèque n'opère pas la transmission de la propriété : malgré l'hypothèque, la propriété ne laisse pas de demeurer au débiteur. *Pignus remanet in bonis debitoris*, nous dit la loi *Pignus*, Cod. *de pign. act.*; mais il n'est pas moins vrai que la seule hypothèque imprimée sur un fonds, peut, à défaut de paiement, conduire à la vente forcée, en sorte qu'elle peut tendre à une aliénation. Aussi est-ce devenu une maxime : *Per hypothecam pervenitur ad alienationem.* Enfin la dépendance de la faculté d'hypothéquer, respectivement à celle d'aliéner, est consignée comme principe fondamental, dans l'article 2124 de notre Code civil. « Les hypothèques conventionnelles, y est-il dit, ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. »

Quoique ce que je viens de dire paraisse simple, néanmoins on pourrait se méprendre sur la manière de l'entendre, si je ne faisais pas une réflexion dont on sentira l'importance.

J'ai bien dit que le pouvoir d'hypothéquer était soumis à celui d'aliéner; mais ce n'est pas dire, il s'en faut bien, que le pouvoir de s'obliger soit subordonné à celui d'hypothéquer, et par conséquent d'aliéner. Autre chose est l'obligation simple, autre chose est l'hypothèque. Il y a des cas dans lesquels des personnes peuvent contracter des obligations qui n'auraient leur effet que sur leurs revenus ou leur mobilier, mais qui ne pourraient pas hypothéquer leurs immeubles qui seuls seraient susceptibles d'hypothèque, et encore moins les vendre. Ainsi, comme je le dirai bientôt, des mineurs et des femmes mariées, selon les différentes positions où ils peuvent être, et qui sont indiquées par la loi, peuvent s'obliger, affecter par là leurs revenus ou leur mobilier; et ils ne pourraient cependant ni vendre ni hypothéquer, au moins sans les formalités prescrites par la loi. Il y a plus, la même personne pourrait hypothéquer certains de ses biens, et ne pourrait pas hypothéquer les autres, ainsi que j'aurai occasion de le dire dans la suite; en sorte que la faculté de s'obliger et celle d'hypothéquer et de vendre ne sont pas corrélatives.

Celui qui ne pourrait nullement s'obliger, ne pourrait certainement pas hypothéquer, puisque l'hypothèque ne peut venir que comme accessoire à une obligation. Mais telle personne qui pourrait s'obliger, ne pourrait pas hypothéquer, parce que, pour arriver jusqu'à la faculté d'hypothéquer, il faut l'existence de la faculté d'aliéner, à moins qu'il n'y eût dans la loi une exception à cette règle. Ainsi, en principe général, il n'y a proprement de corrélation qu'entre la faculté de vendre et celle d'hypothéquer.

32. Il faut donc connaître les personnes qui sont dans l'incapacité légale d'aliéner, et par conséquent d'hypothéquer. Or, quoique cela paraisse facile d'après les dispositions du Code civil, néanmoins il est nécessaire de faire quelques observations, pour se former des idées justes sur certains de ces cas d'incapacité.

Cette incapacité porte sur les femmes mariées, sur les mineurs, sur les interdits, même sur ceux qui sans être interdits auraient été pourvus d'un conseil judiciaire; cette incapacité concerne encore les administrateurs des biens des absens.

33. Quant aux femmes mariées, il y a d'abord une distinction à faire entre celles qui sont mariées sous le régime de la communauté, et celles qui le sont sous le régime dotal. Les premières ont plus de liberté que les autres. Cette différence tient à la nature des principes qui règlent ces deux régimes. On peut voir ce que je dis sur cette différence, et sur les effets et les avantages respectifs de ces deux régimes, chap. III, sect. Ire.

Il y a sur cette matière un article infi-

niment important, et qui a besoin d'être médité, pour être bien entendu; je veux parler de l'art. 217 du Code civil. Il y est dit : « La femme, même non commune, ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. » Cet article ne reçoit son application avec exactitude, selon les différens cas, qu'autant qu'il est combiné avec les articles qui composent les chap. 2 et 3 du titre *du contrat de mariage*. Et d'abord, lorsque cet article dit, la femme *même non commune*, il ne faut pas en conclure qu'il ait entendu parler d'une femme qui serait *mariée sous le régime dotal*. La raison en est qu'une femme peut n'être pas sous le régime dotal, et cependant n'être pas, à proprement parler, commune en biens. En effet, l'art. 1530 suppose une clause portant que les époux se marient sans communauté; les articles suivans en règlent les effets. L'art. 1536 suppose la clause de séparation de biens, stipulée dans le contrat de mariage; et cependant la stipulation de l'une et l'autre de ces clauses ne place pas la femme sous le régime dotal; on en est convaincu si l'on consulte les articles 1391, 1392, 1393 et 1529. Ensuite, ce même art. 217 parle seulement de l'incapacité de la part de la femme même non commune ou séparée de biens, de donner, d'aliéner, d'hypothéquer et d'acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le consentement du mari; il n'y est rien dit sur la faculté de s'obliger de la part de la femme; or, elle a cette faculté, ou elle en est privée, selon divers cas qui sont indiqués par la loi dans les articles qu'il faut combiner avec cet article 217. Quel est donc, en dernière analyse, le résultat de cet article? Le législateur a voulu y consigner un principe général, et qui devient une espèce de régulateur sur l'effet des engagemens contractés par les femmes mariées. Ce principe est que, quelque latitude que le Code civil donne à la femme relativement aux engagemens qu'elle peut contracter, ces mêmes engagemens doivent toujours être subordonnés à l'autorisation du mari; et si, dans cet article, on a gardé le silence sur la simple faculté de s'obliger, c'est parce que les cas où il est juste que la femme puisse s'obliger sans le consentement de son mari, sont prévus spécialement par la loi; ce qui arrive principalement lorsque l'obligation est faite par la femme séparée de biens, et que cette obligation ne porte pas sur les biens dotaux. La nécessité de l'autorisation du mari est établie dans l'intérêt de la femme et dans des vues morales. Il faut que le mari puisse veiller à la conservation des biens de son épouse; et toute acquisition d'immeubles, faite par la femme, ou toute donation dont elle serait gratifiée, doit avoir une origine connue. Telles sont les idées qu'on puise dans la discussion au Conseil d'état, sur l'art. 217. *Voyez les Confér. du Code civil, tom. 2, p. 108 et 109.*

Ainsi, en venant aux obligations que les femmes mariées peuvent consentir avec hypothèque, on voit, dans le chap. 2 du titre *du contrat de mariage*, qu'en général celles qui sont mariées sous le régime de la communauté ont capacité d'obliger, d'hypothéquer, et même d'aliéner leurs biens dotaux, mais avec l'autorisation de leurs maris. Il me suffit de dire ici, en général, que toutes les fois que la loi donne la faculté d'aliéner, cette faculté emporte virtuellement la faculté d'hypothéquer, quoique cette faculté d'hypothéquer ne soit pas à la suite de la faculté d'aliéner. Ainsi, par exemple, il n'est parlé dans les articles 1535 et 1537 que de la faculté d'aliéner : or, il est sensible, d'après les principes ci-dessus posés, que cette faculté emporte avec elle celle d'hypothéquer; mais les conditions imposées et les formalités prescrites pour l'aliénation sont toujours communes à la faculté d'hypothéquer.

34. Venons aux obligations des femmes mariées sous le régime dotal. Ne pouvant pas participer aux résultats de l'économie et aux fruits des travaux et de l'industrie de leurs maris, à la différence de celles qui sont sous le régime de la commu-

nauté, la loi les en indemnise en veillant plus particulièrement à la conservation de leurs biens propres; c'est dans ces vues qu'elles ont bien moins de liberté relativement à la faculté d'aliéner et d'hypothéquer. L'art. 1554, qui a pour objet le régime dotal, porte que les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent. Ces exceptions sont dans les articles 1555, 1556, 1557 et 1558. Il suffit de remarquer que, dans le cas des articles 1555 et 1556, il s'agit seulement du pouvoir de donner, de la part de la femme, avec l'autorisation de son mari, pour l'établissement des enfans; mais la donation étant une aliénation, il s'ensuit que la femme, dans les mêmes cas, a le pouvoir d'obliger et d'hypothéquer ses biens dotaux. L'obligation avec hypothèque peut avoir le même effet que la donation, relativement à l'objet que le législateur a eu en vue; et elle peut être plus utile à la femme, selon l'état et l'arrangement de sa fortune. De même, dans le cas des articles 1557 et 1558, on voit seulement la faculté d'aliéner, et, d'après le rapport qui existe entre l'aliénation et l'hypothèque, cette faculté d'aliéner emporte celle d'hypothéquer : car la seule obligation avec hypothèque, qui devrait toujours être faite avec les mêmes formalités, excepté toutefois la formalité des enchères, pour le cas prévu par l'article 1558, peut produire, en faveur de la femme, le même effet et avec plus d'avantage.

Mais, hors des cas énoncés dans les articles 1557 et 1558, la femme ne peut pas plus obliger ses droits dotaux mobiliers, qu'elle ne pourrait obliger et hypothéquer ses biens dotaux immobiliers.

Il s'était élevé, relativement à la capacité de s'obliger de la part de la femme, la question de savoir si l'interdiction, prononcée contre elle, d'obliger ses biens sous le régime dotal, même avec l'autorisation de son mari, hors les cas exceptés par la loi, devait avoir lieu pour les biens mobiliers dotaux, comme pour les biens immobiliers de même nature; mais l'affirmative ne pouvait éprouver de difficulté. Sous ce régime, tout tend à la conservation de la dot, et dès lors tout ce qui était dotal devait demeurer intact en faveur de la femme et des enfans. Tous les biens dotaux, quelle qu'en soit la nature, présentent les mêmes ressources, et deviennent également l'objet de la loi, dans l'esprit de ce régime. Je me contenterai d'indiquer, à ce sujet, quelques arrêts. La Cour de cassation, par un arrêt du 1er février 1819, a appliqué à une femme mariée sous le régime dotal établi par le Code civil, le principe qui émane des lois romaines, et qui a de tout temps été suivi dans les pays régis par ces lois, que la dot mobilière est frappée de la même inaliénabilité que la dot immobilière. Elle a jugé, en conséquence, que l'obligation solidaire, contractée par deux époux mariés sous le régime dotal, ne peut, après la séparation de biens, être poursuivie sur la dot de la femme, quoique cette dot ne consiste qu'en une somme d'argent. Un autre arrêt de la même Cour, du 28 juin 1810, avait déjà jugé, d'après les mêmes principes, qu'une femme mariée en pays de droit écrit, n'avait pu, sous le Code civil, et dans un pays anciennement coutumier où son mari avait transporté son domicile, renoncer au profit des créanciers de ce dernier à l'hypothèque qu'elle avait sur ses biens à raison des sommes qui avaient été constituées en dot.

Enfin, deux arrêts de la Cour royale de Limoges, l'un du 18 juin 1808, l'autre du 8 août 1809, ont jugé qu'on n'avait pu obtenir des condamnations contre des femmes mariées sous le régime total, et séparées de biens, pour des objets qui leur avaient été fournis, et dont il paraissait même que le mari et les enfans avaient profité. Il y avait des circonstances infiniment favorables qui tendaient à faire légitimer ces emprunts. Cependant la rigueur des principes, dès que ces femmes n'étaient autorisées en justice ni à vendre ni à hypothéquer, détermina à prononcer la nullité des condamnations et des inscriptions hypothécaires qui avaient été prises

sur leurs immeubles dotaux. Ces décisions sont absolument conformes aux principes relatifs à l'inaliénabilité de ces biens. Mais je dois faire remarquer que ces deux arrêts donnent à entendre que l'hypothèque qui résultait des jugemens de condamnation rendus contre la femme, pourrait demeurer sur les biens extradotaux qui lui appartenaient [1].

Pour être convaincu que l'inaliénabilité des biens dotaux frappe les biens mobiliers et les biens immobiliers, il suffit de porter quelque attention sur les articles 1540, 1541 et 1542. Il en résulte évidemment que toutes les fois que le régime dotal est établi, tous les biens quelconques de la femme, soit mobiliers, soit immobiliers, sont dotaux. L'article 1554 parle seulement des immeubles dotaux; mais pourquoi? C'est parce qu'alors le législateur voulait seulement s'occuper de l'interdiction d'aliéner et d'hypothéquer, qui s'appliquait principalement aux immeubles. Mais il ne reste pas moins pour vrai que, d'après l'esprit et l'économie générale de la loi, la dot, même mobilière, doit, comme la dot immobilière, demeurer intacte au profit de la femme exclusivement au mari, qui ne peut se l'approprier directement ni indirectement, dès que la femme ne pourrait en être indemnisée par une participation aux biens qui seraient acquis pendant le mariage.

Mais par rapport aux biens paraphernaux qui forment une nature de biens admise principalement sous le régime dotal, il y a d'autres règles. La femme peut aliéner ses biens, en disposer, et les hypothéquer lorsqu'ils sortent nature d'immeubles, mais seulement sous l'autorisation du mari. *Art.* 1576. La nécessité de cette autorisation est une suite de l'art. 217, et de ce que j'ai dit au numéro précédent, en m'expliquant sur cet article.

35. Sous le régime de la communauté, la femme, quoique séparée de biens, ne peut aliéner, et par conséquent obliger et hypothéquer ses immeubles qu'avec l'autorisation de son mari, ou, à son refus, celle de la justice. Telle est la disposition de l'art. 449. La séparation de biens n'apporte, sous ce régime, aucun changement à la capacité de la femme. Cette séparation ne l'investit que de l'administration de ses biens. Mais les liens du mariage ne laissent pas de subsister; et toujours, d'après le principe général consigné dans l'art. 217, la femme séparée de biens est soumise, au moins en ce qui concerne la disposition de la propriété de ses biens, à l'autorisation du mari.

On a dû être étonné de voir élever, sous le régime dotal, la prétention que la femme étant séparée de biens, pouvait aliéner et hypothéquer ses biens dotaux, avec l'autorisation du mari. Cette opinion était grandement erronée; elle ne pouvait se soutenir, d'après l'interdiction absolue portée par l'art. 1554, qui règle particulièrement les droits de la femme sous le régime dotal. Cette interdiction existe dans tous les cas, soit que la femme soit séparée de corps et de biens, ou de biens seulement, soit que cette séparation n'existe pas : l'autorisation du mari, sous ce régime, n'habiliterait la femme, en aucun cas, à aliéner ou hypothéquer ses biens dotaux. Ce qui avait donné lieu à l'erreur, c'est la disposition écrite dans l'art. 1449, qui, s'appliquant sur les effets de la séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, veut que la femme ainsi séparée puisse aliéner ses immeubles, avec le consentement du mari, ou l'autorisation de la justice. Mais cet art. 1449 a seulemet trait, sous le rapport de l'aliénabilité des immeubles, au régime de la communauté; il est absolument étranger, à cet égard, au régime dotal, sous lequel la liberté de disposer, de la part de la femme, est réglée uniquement par l'art. 1554. Comme sous le régime de la communauté, la femme ne peut aliéner ou hypothéquer ses biens qu'après l'autorisation du mari, le législateur a craint qu'on ne pensât que la sé-

[1] Sur les quatre arrêts que je viens de citer, on peut voir Denevers, an 1819, pag. 129, an 1810, pag. 337; an 1809, pag. 11; et Sirey, an 1829, 2e partie, pag. 387.

paration de corps ou de biens dût l'affranchir de cette autorisation; et c'est par cette raison qu'il a déclaré le contraire dans cet art. 1449. Mais en suivant l'analogie qui existe entre les art. 1449 et 1554, de même que, sous le régime de la communauté, le pouvoir de la femme n'augmente pas par la séparation; de même aussi, malgré cette circonstance, la femme n'acquiert pas plus de liberté sous le régime dotal. L'art. 1563, qui est sous la rubrique du régime dotal, dit que, si la dot est mise en péril, la femme peut poursuivre la séparation de biens, ainsi qu'il est dit aux art. 1443 et suivans, ce qui s'étend à l'art. 1449; et de là on a cru pouvoir en conclure que ce dernier article s'appliquait au cas du régime dotal, comme à celui de la communauté.

Mais cette manière de raisonner était très vicieuse. Le législateur, en renvoyant dans l'art. 1563 aux art. 1543 et suivans, n'a eu en vue que ce qui concernait les formes de la séparation de biens, sur lesquelles il n'a pas voulu se répéter; mais on ne peut supposer qu'il ait entendu appliquer au régime dotal les effets de la séparation indiqués pour le régime de la communauté. N'y ayant pas eu de déclaration expresse pour le régime dotal, ce qui est réglé par l'art. 1554, concernant uniquement ce régime, demeure absolu. Tel est l'esprit de toute la législation nouvelle, conforme à cet égard à l'ancienne, et notamment à la loi 29, au Cod. *de jure dotium*, qui est précise. Ainsi, la femme mariée sous le régime dotal, séparée ou non, ne peut aliéner ni hypothéquer ses biens dotaux, même avec l'autorisation de son mari, sauf les exceptions établies par la loi. Ce qui doit faire disparaître toutes difficultés sur cette question, c'est un arrêt de la Cour de cassation, du 19 août 1819, qui l'a ainsi jugé. *Denevers*, *même année*, *pag.* 503. On trouvera les vrais principes de la matière, soit dans le dispositif de cet arrêt, soit dans les développemens lumineux que présente l'arrêt de la Cour royale de Rouen, contre lequel on s'était pourvu; soit encore dans des observations qui ont été faites par l'auteur du Recueil, à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation.

Il reste à faire une remarque sur la faculté de s'obliger, de la part de la femme séparée, sous les deux régimes, relativement aux revenus de ses biens et à son mobilier. D'après la seconde partie de l'article 1449, elle peut en disposer librement. Quoiqu'il ne s'agisse pas alors d'une faculté d'hypothéquer, mais seulement d'une simple faculté d'obliger, ces objets n'étant point susceptibles d'hypothèque, il est bon que j'en dise un mot, ayant vu élever des difficultés à ce sujet. Les termes de cette seconde partie de l'article 1449 ne se retrouvent pas sous la rubrique du régime dotal; mais on ne doit pas moins supposer, sous ce dernier régime, la même faculté de la part de la femme séparée. Il y en a une raison bien simple; c'est qu'il y a, à cet égard, identité de motifs pour les deux régimes. Sous l'un et sous l'autre, la séparation de biens a l'effet de retirer des mains du mari l'administration de ces objets, et de l'attribuer à la femme. Telle et l'origine de la faculté qu'a la femme d'en disposer librement. Les nouveaux principes, à ce sujet, sont conformes aux anciens.

Cependant, il peut y avoir des cas où l'intérêt de la femme et de sa famille exigerait qu'elle fût gênée dans la liberté de disposer de ses biens mobiliers ou de les obliger, surtout s'ils provenaient de sa dot mobiliaire. Si la femme était disposée à les dissiper, il en résulterait un malheur pour ses enfans; cette dissipation pourrait encore être préjudiciable au mari. Cela arriverait sous deux rapports : en premier lieu, parce que, d'après l'article 1448, la femme, quoique séparée de biens, doit contribuer, proportionnellement à ses facultés, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfans communs; en second lieu, parce qu'il peut avoir été assuré au mari des gains de survie sur les biens de la femme, qui s'évanouiraient si elle avait la liberté de les dissiper. Aussi, suivant la jurisprudence ancienne de certains tribunaux, en même temps qu'on prononçait la séparation de

biens, on ordonnait un placement utile des deniers dotaux de la femme, dont elle touchait seulement les revenus. Le Code civil n'a peut-être pas poussé assez loin les précautions à cet égard. Mais rien n'empêche, en pareil cas, que la sagesse des tribunaux n'y supplée soit d'office, soit sur la demande du mari et des parens, ou du ministère public.

J'ai remarqué des arrêts qui, suivant les circonstances, ont prescrit des précautions. La Cour royale de Riom, 1re chambre civile, dans un arrêt du 29 août 1821, par lequel une séparation de biens fut ordonnée, en infirmant un jugement, prononça la disposition suivante : « Et néanmoins, attendu qu'il est convenable, dans l'intérêt du mariage, de pourvoir à ce que la dame..... (dont la séparation de biens était ordonnée) ne puisse dissiper les sommes qu'elle pourra toucher sur sa dot mobiliaire, la Cour ordonne qu'elle ne puisse recevoir les sommes à elle dues, provenant de la succession de sa mère, ainsi que celles qui proviendraient de toutes autres successions qui pourraient lui échoir à l'avenir, qu'à la charge qu'il en sera fait un emploi ou un placement utile et sûr, pour par elle en toucher les revenus, lequel emploi ou placement sera fait de l'avis d'un conseil de famille convoqué en la manière ordinaire. « Voyez Sirey, 1820, 2e *part.*, *p.* 310 ; et un arrêt de la Cour de cassation, du 24 juillet 1821. Denevers, *même année*, *p.* 449.

36. A l'égard de la femme marchande publique, pour déterminer la mesure des engagemens qu'elle peut contracter, il faut combiner l'article 220 du Code civil avec les articles 5 et 7 du Code de commerce.

L'article 4 du Code de commerce porte que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. On conçoit que ce consentement doit être consigné dans un acte authentique, puisque, comme on va le voir, la femme déclarée marchande publique peut, dans un acte, obliger aussi son mari. Il est dit, dans l'article 220 du Code civil, que la femme marchande publique peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; et qu'audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. La même disposition est contenue dans l'art. 5 du Code de commerce ; mais la disposition de l'article 7 du même Code est particulièrement remarquable. Il y est dit que les femmes marchandes publiques peuvent engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles ; mais il est ajouté : « Toutefois leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil. »

La discussion au Conseil d'état, sur cet article 7, apprend que cette disposition modificative y fut insérée pour expliquer le sens de l'art. 220 du Code civil. Ce dernier article présentait une latitude telle, relativement à la capacité de la femme marchande publique, qu'on craignait qu'on en tirât l'induction qu'elle pût hypothéquer et même aliéner ses biens dotaux. Mais l'importance de ces biens, et la faveur que mérite leur conservation, ont fait assimiler, à l'égard de ces biens, la femme marchande publique à toutes les autres femmes mariées ; et la capacité de s'obliger, de la part des femmes marchandes publiques, a été restreinte à leurs biens autres que ceux qui sont dotaux, sauf, à l'égard de ces derniers, les formalités requises par la loi, s'il y avait nécessité de les vendre.

37. Relativement aux mineurs, il faut distinguer celui qui n'est pas émancipé, de celui qui l'est. Quant au mineur non émancipé, il n'a jamais pu hypothéquer ses biens. *Pupillus*, est-il dit dans la loi 1re, ff. *quæ res pign., sine tutoris autoritate hypothecam dare non potest.* Il n'a, par conséquent, jamais pu vendre, ni même contracter aucune sorte d'obligation : il n'a jamais pu être représenté que par son tuteur. Cependant, ses immeubles peuvent être hypothéqués, même conventionnellement et avec spécialité, mais ce ne peut être que par le ministère d'un tuteur et dans les cas prévus, et avec

les formalités prescrites par l'art. 457 du Code civil et les suivans, et par l'article 2126. Alors tout ce qui a été fait avec les formalités doit être considéré comme si c'eût été du fait même du débiteur en majorité, d'après l'art. 1314 du même Code. Suivant le même article 2126, les jugemens rendus contre les tuteurs impriment la même hypothèque sur les biens des mineurs que les jugemens rendus contre des majeurs.

Par rapport au mineur émancipé, il résulte de la combinaison des articles 481, 483 et 484, que quoiqu'il puisse faire, seul, des actes d'administration, il ne faudrait pas en conclure qu'à l'occasion de ces actes il pût aussi, seul, emprunter, aliéner, et, par conséquent, hypothéquer, sans les formalités prescrites pour les emprunts par l'art. 483, et sans celles prescrites pour les aliénations, et, par conséquent encore, pour les hypothèques, par l'art. 484. Les emprunts, et surtout les aliénations et les hypothèques, sont des actes d'un autre genre, et bien plus importans que ceux relatifs seulement à l'administration. Les engagemens pour ces derniers actes peuvent affecter le mobilier et les revenus des immeubles, mais jamais les immeubles mêmes, sans les formalités prescrites par les art. 483 et 484. En sorte qu'on peut dire que notre législation, relativement aux mineurs émancipés, revient à l'ancienne. C'était une maxime, en France, que le mineur émancipé était maître de son mobilier et des revenus de ses immeubles; mais il ne pouvait jamais aliéner ni hypothéquer les immeubles, sans les formalités requises, en pareil cas, pour les mineurs non émancipés. On peut, à ce sujet, consulter Argou, *Institut. au droit français tom.* 1er, *liv.* 1er, *ch.* 8, *pag.* 64, *édition de* 1753, et Pothier, *Introd. au tit.* 9 *de la Coutume d'Orléans*, § 4, n° 23, ainsi que son commentaire sur l'art. 181 de la même coutume. On voit dans cet article et dans les observations de Pothier, les vrais principes anciens, et qui sont absolument conformes à ceux qui se tirent des articles 481, 483 et 484 du Code civil. Mais, quant au mode et aux cas de restitution des mineurs émancipés contre leurs engagemens, l'ancienne jurisprudence était vacillante, au lieu que l'article 481 du code, présente, à cet égard, une législation fixe.

38. Les principes qui concernent le mineur émancipé commerçant, se puisent dans l'art. 487 du Code civil, et dans les articles 2 et 6 du Code de commerce. Il est dit, dans l'art. 487 du Code civil, que le mineur émancipé, qui fait un commerce, est *réputé majeur* pour les faits relatifs à ce commerce. Cet article ne contenait que l'indication d'un principe qui avait besoin d'être organisé, et qui le fut en effet lorsqu'on s'occupa du Code de commerce. L'article 2 de ce dernier Code a prescrit des formalités dont l'observation est indispensable, pour que le mineur émancipé puisse, aux yeux de la société, être réputé commerçant, et s'obliger avec effet sur ce qui concerne cette qualité. La disposition de l'art. 6 mérite de fixer l'attention : « Les mineurs marchands autorisés, comme il est dit ci-dessus (art. 2), peuvent engager et hypothéquer leurs immeubles.

« Ils peuvent même les aliéner, mais en suivant les formalités prescrites par les art. 457 et suivans du Code civil. »

S'il faut ne faire rapporter qu'aux aliénations l'observation restrictive des formalités, énoncée dans la seconde partie de cet article, et s'il faut admettre que la faculté d'hypothéquer soit affranchie de ces formalités, il en résultera une espèce d'antinomie avec le principe que j'ai posé au n° 31, que la faculté d'hypothéquer est corrélative avec la faculté d'aliéner; en sorte que, la seconde n'existant pas, la première devrait disparaître; lequel principe se tire de l'art. 2124 du Code civil. Il paraîtra singulier qu'un mineur marchand puisse hypothéquer ses immeubles, pour les faits de son commerce, de son propre mouvement, et sans la gêne d'aucunes formalités, tandis qu'il ne pourrait pas les aliéner sans des formalités; les hypothèques, par leurs suites, pouvant produire le même effet que les aliénations. La faculté

d'hypothéquer peut même présenter plus d'inconvéniens, en ce qu'on peut y être porté plus facilement, parce qu'on n'y voit pas d'abord le même danger que dans la vente, qui présente, au premier aspect, l'idée d'un dépouillement.

Mais les raisonnemens doivent céder à la disposition précise d'une loi. Or, on ne peut s'empêcher de voir dans l'art. 6 du Code de commerce, par exception au principe général, que le mineur marchand peut, seul et librement, hypothéquer ses immeubles, mais qu'il ne peut les aliéner qu'avec l'observation des formalités qui y sont prescrites. La texture de l'article conduit nécessairement à cette idée; car de la manière dont il est conçu et divisé dans ses parties, on ne peut pas appliquer l'observation des formalités tout à la fois à la faculté d'hypothéquer énoncée dans le premier paragraphe, et à celle d'aliéner qui est l'objet du second. On découvre d'ailleurs cette intention dans la manière dont s'est expliqué l'orateur du tribunat, M. Jard-Panvilliers, dans son rapport. « Ils (la femme marchande publique et le mineur commerçant) peuvent s'obliger pour ce qui concerne leur négoce; la femme oblige même son mari, s'il y a communauté entr'eux. Ils peuvent engager et hypothéquer leurs immeubles, et même les *aliéner*, toutefois avec les exceptions, suivant les formalités prescrites, et dans les cas déterminés par le Code civil pour l'aliénation des biens *des mineurs* et des biens des femmes *stipulés dotaux*. » Il est impossible de ne pas voir là une faculté indéfinie accordée au mineur marchand, en ce qui concerne l'hypothèque, et un assujettissement à l'observation des formalités, mais seulement quant à l'aliénation. L'orateur du gouvernement, dans l'exposé de ces motifs, ne donne pas des idées assez précises pour qu'on puisse fonder une opinion sur la manière dont il s'exprime.

Mais la faculté accordée au mineur de devenir commerçant, est plus sagement organisée dans notre législation qu'elle ne l'était dans l'ancienne. On se contenta, dans l'art. 6 du tit. 1er de l'ordonnance de 1673, de confirmer, à cet égard, une jurisprudence plus ancienne qui réputait aussi majeur, pour les faits de son commerce, le mineur émancipé qui était commerçant; mais on ne voit pas de formes établies pour qu'il pût, sans de graves inconvéniens, avoir ce titre de commerçant. Il pouvait se le donner par sa propre volonté jointe à des faits de commerce. J'observerai qu'il est toujours bon que le mineur émancipé, commerçant, qui s'oblige par devant notaire pour les faits relatifs à son commerce, ce qui emporte en faveur du créancier la faculté de prendre une inscription hypothécaire, déclare que *les deniers qu'il emprunte sont pour être employés dans ce commerce.* Jousse, sur l'article ci-dessus cité de l'ordonnance de 1673, en fait une espèce de nécessité, pour qu'en cas de contestation, celui qui prête ne soit pas réduit à l'obligation de faire la preuve de cet emploi. Il n'y aurait pas la même nécessité pour un simple billet *valeur reçue comptant*, que pourrait faire le mineur. Cet auteur indique encore des précautions pour le cas de l'aliénation que le mineur marchand aurait faite de ses biens, pour en employer le prix dans son commerce, ou à acquitter ce qu'il devrait. Mais ce que cet auteur dit à ce sujet est devenu inutile, d'après les formalités prescrites pour la faculté d'aliéner, par l'art. 6 du Code de commerce.

On sent aisément que tous les articles de loi que je viens de citer, sur les mineurs émancipés, marchands, s'appliquent également aux filles mineures émancipées qui seraient autorisées à faire un négoce, conformément à l'article 2 du Code de commerce. Il semblerait encore que les mêmes dispositions législatives devraient s'appliquer au mineur émancipé qui serait autorisé à exercer une industrie comme artisan. Tel paraît être l'esprit de l'article 3 du Code de commerce; et ce qui déjà le ferait supposer, c'est la circonstance que l'article 1308 du Code civil met sur la même ligne, quant à la restitution contre les engagemens, le mineur commerçant et le mineur *artisan*, à raison de son art.

39. Quant aux interdits et à ceux auxquels, pour cause de faiblesse ou de prodigalité, on donne un conseil judiciaire, il suffit de renvoyer, pour les premiers, aux articles 509 et 2126 du Code civil, qui les assimilent absolument aux mineurs, c'est-à-dire, aux mineurs non émancipés, et, pour les autres, aux articles 499 et 513 du même code. Ils sont tous liés par l'hypothèque conventionnelle donnée par les tuteurs pour les mineurs, et par ceux qui ont un conseil judiciaire, avec les formalités requises, de la même manière que si les mineurs l'eussent donnée en majorité, et les autres avant qu'on leur eût nommé un conseil : tout cela résulte de l'art. 1314.

40. Il ne me reste qu'à parler des hypothèques qu'on peut se procurer sur les biens des absens, il est dit, dans l'article 2126 du Code civil, que leurs biens, *tant que la possession n'en est déférée que provisoirement*, ne peuvent être hyhothéqués que pour causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugement. De ce que cet article comprend dans sa disposition, d'une manière complexe qui amène quelque obscurité, les absens avec les mineurs et les interdits, on pourrait croire, au premier coup d'œil, que ceux des parens des absens à qui la possession provisoire est déférée par l'article 128 pourraient, respectivement aux biens de ces absens, les hypothéquer, comme pourraient faire les tuteurs des mineurs et des interdits, en observant les formalités imposées à ceux-ci; mais ce serait une erreur. L'article 2126 doit se référer, en ce qui concerne les absens, à l'art. 128. Or, il est dit dans cet article : « Tous ceux qui ne jouiront *qu'en vertu de l'envoi provisoire*, ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. » Cette disposition est indéfinie et absolue; elle emporte, sans modification ni distinction, l'interdiction contre les parens qui ont eu l'envoi provisoire d'aliéner et hypothéquer les biens de l'absent. Que résulte-t-il de là? C'est que les parens ne peuvent point consentir une hypothèque conventionnelle sur les biens des absens, même avec des formalités sous lesquelles les biens des mineurs et des interdits pourraient être assujettis à cette hypothèque par leurs tuteurs; en sorte que la seule ressource qu'aient les créanciers des absens, est d'obtenir des jugemens, conformément à l'article 134, contre ceux qui jouissent provisoirement. Ces jugemens impriment sur les biens une hypothèque judiciaire, parce que ces biens sont toujours passibles de cette hypothèque. C'est ce qui a été judicieusement observé par M. Tarrible, dans son article du Répertoire de jurisprudence de M. Merlin, au mot *Hypothèque sect.* 2, § 3, *art.* 6, n° 2; et par M. Favard, dans son Traité *des hypothèques, pag.* 15 *et* 16.

41. D'après ce qui vient d'être dit, on jugera facilement dans quel cas les stipulations d'hypothèques, de la part de ceux qui n'ont pas le plein exercice de leurs droits, seront valables ou non. Il faut observer que les hypothèques consenties par les personnes qui sont dans cette position seront nulles, lorsqu'elles ne se trouveront pas dans les cas où la loi les déclare valables, ou que ces hypothèques n'auraient pas été soumises aux formalités qu'elle prescrit, quoique la loi ne prononce pas expressément la peine de nullité. Ce n'est pas ici le cas d'invoquer la règle que les nullités ne se suppléent pas, qu'elles n'ont point lieu de droit. La raison en est que les articles que je viens de citer sont conçus en termes prohibitifs, *ne peut, ne peuvent*, et que ces termes emportent nullité de ce qui est fait contre ce qu'ils défendent, d'après la maxime de Dumoulin, si connue au palais, qu'il donne sur la loi 1re, ff. *de verbo. oblig.*, n° 2 : *Particula negativa, præposita verbo* POTEST, *tollit potentiam juris et facti, designans actum impossibilem.* Dumoulin dit bien, à la vérité, que cette règle n'est pas toujours observée rigoureusement. Il explique, sur la Coutume de Paris, *gloss.* 3, *in verbo* PEUT, quelques cas dans lesquels la règle doit être modifiée. Mais il serait inutile d'entrer ici dans une dissertation à ce sujet; il suffit de dire que, d'après lui-même, ces mots, *ne peut,* emportent prohibition absolue,

et par conséquent nullité de ce qui serait fait contre ce qui est défendu, toutes les fois qu'il s'agit, comme dans le cas actuel, d'une matière dans laquelle la législation est de sa nature prohibitive. Il n'admet d'exception que *quandò materia non est de se prohibitiva*. On peut voir encore ce qu'il dit sur ces mots, *n'est leu ni permis*, de la Coutume locale de Menat, en Auvergne.

Il faut observer encore que, d'après l'art. 1125 du Code civil, les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté. Telle était aussi l'ancienne jurisprudence, et la raison en est simple ; c'est que ce qui est introduit en faveur d'une personne ne peut pas être rétorqué contre elle ; et la disposition de la loi cesse, quand ceux en faveur desquels la nullité est prononcée veulent y renoncer. Mais il en serait différemment, si le contrat était infecté d'une nullité qui attaquerait l'acte dans sa substance, telle que celle qui résulterait du dol, de l'erreur ou de la violence, ou de ce qu'il serait contraire aux mœurs, ou encore si l'acte était nul, à raison d'un vice de forme qui l'annulerait dans son essence, de manière qu'on dût considérer l'acte comme n'existant pas. Ce serait alors le cas d'invoquer la maxime *quod nullum est, nullum producit effectum*. La nullité absolue ou radicale exclurait toute idée de nullité simplement respective.

42. Mais il se présente encore à ce sujet des difficultés qu'il est indispensable d'examiner pour avoir des notions suffisantes sur la matière. Les personnes qui ont fait des obligations et qui ont stipulé des hypothèques, malgré la défense que leur en faisait la loi, selon la position dans laquelle elles se trouvaient peuvent, ensuite, lorsqu'elles ont recouvré la capacité de contracter librement, ratifier les hypothèques primitives au profit de ceux en faveur desquels elles avaient été consenties, ou de leurs héritiers ; et si, entre les actes primitifs et les ratifications, il y a eu d'autres engagemens contractés, il faudra examiner quel sera le sort de ces engagemens ; ce qui dépendra de la question de savoir si la ratification aura un effet rétroactif à la première hypothèque, de manière à la rendre valide du jour même où elle aura été donnée ; ou si, au contraire, la ratification ne donne effet à cette première hypothèque que du jour même de cette ratification. On sent l'énorme différence qui peut résulter, relativement à l'intérêt de ceux qui ont contracté intermédiairement, de la fixation de l'effet du contrat ratifié au jour de la date de ce contrat, ou de la fixation de cet effet au jour seulement de la ratification.

Cette question a été traitée par un grand nombre d'auteurs anciens. [1] L'étendue que la plupart d'entre eux ont donnée à leurs discussions, fait désirer un résumé de ce qu'ils ont dit, d'après lequel on puisse arriver, d'une manière simple et sûre, à une solution. Cela est d'autant plus nécessaire, que ces auteurs ne sont pas d'accord en tous points ; que, d'ailleurs l'ancienne jurisprudence est susceptible de réformes sur plusieurs parties, à raison de l'introduction de la publicité des hypothèques, qui, comme on sait, a apporté un si grand changement dans les idées sur la législation hypothécaire : en sorte que plusieurs opinions anciennes, et même d'anciens arrêts, seraient aujourd'hui sans application. Il faut donc réduire la question dans les termes les plus simples, et approprier sa décision et les conséquences de cette décision au système de la publicité, qui fait la base de notre législation.

[1] On peut consulter, entre autres, Mornac, sur la loi 16, ff. *de pignor.* Richard, *des donat.*, part. 1re, chap. 4, no 1264 ; Duplessis sur Paris, pag. 381, 383 et 384, édition de 1709 ; une forte dissertation au Journal du palais, t. 1er, pag. 10, sur un arrêt du 23 juillet 1667, Basnage ; *Traité des hypoth.*, chap. 3 ; d'Héricourt, *de la vente des immeubles*, chap. 11, sect. 2, nos 7 et 8 ; Auroux des Pommiers, sur l'art. 171 de la Coutume de Bourbonnais, no 28, et sur l'art. 173, nos 12 et suiv. ; et Pothier, Introduction au tit. 20 de la Coutume d'Orléans, chap. 1er, sect. 2, § 2, no 24

Or, c'est un principe certain que les ratifications rétroagissent de manière à rattacher la ratification à l'acte ratifié. Telle est la disposition de la loi 16, ff. *de pign. et hypot.* Elle est relative à un cas particulier où la ratification était absolument nécessaire pour valider un acte qui, dans son principe, était sans effet, puisqu'il y est question de la ratification de la part du propriétaire d'un objet qui aurait été hypothéqué par un autre, à son insu. En voici les termes : *Si, nesciente domino, res ejus hypothecæ data sit, deindè posteà dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipso quod ratum habet voluisse eum* RETRÒ CURRERE RATIHABITIONEM AD ILLUD TEMPUS QUO CONVENIT. Mais ce principe général est susceptible de deux conditions, qui sont enseignées, avec autant de brièveté que de simplicité, par Mornac, sur cette même loi.

La première est que, pour que la ratification soit valable en elle-même, et fasse revivre le contrat primitif qui vient se réunir à la ratification, pour ne faire ensemble qu'un même titre, il faut que la ratification soit faite par les mêmes personnes dont le concours, dans le principe, eût été nécessaire pour la validité de l'acte. *Si modò tamen*, dit Mornac, *duo extrema sint habilia; aliàs enim non retroagitur.* Cette condition s'appliquerait au cas où une femme aurait engagé son propre bien, sans l'autorisation de son mari, et où celui-ci viendrait, dans la suite, ratifier cet engagement, mais après le décès de sa femme. *Veluti*, dit l'auteur, *si maritus ratum habeat contractum uxoris, eà defunctâ.*

La seconde condition apportée par Mornac au principe général de la rétroactivité de la ratification au contrat primitif, et qui est infiniment importante, est que, quelque régulière que fût la ratification relativement à l'intérêt des parties contractantes, elle serait absolument sans effet respectivement à l'intérêt des tiers, qui auraient acquis valablement des droits entre le contrat primitif et la ratification. *Distinctio tamen*, dit-il, *et in scholâ, et in foro, perpetua hæc est, ut nimirùm si agatur de præjudicio* TERTII, *retrò trahatur numquàm ratihabitio;* SECUS SI DE SOLO RATIFICANTIS DAMNO. Aussi Barthole, sur la loi *Si indebitum*, § *si procurator*, ff. *rem ratam haberi*, repoussait l'effet rétroactif de la ratification, quand il était question de l'intérêt d'un tiers, en ces termes : *Quia actus medius interveniens, impedit ratihabitionem trahi retrò* IN PRÆJUDICIUM TERTII, *cui jus intermedio tempore quæsitum fuit.* Nous allons venir aux applications de ces principes.

43. Je distinguerai d'abord les hypothèques consenties par des femmes mariées, de celles qui ont été données par des mineurs.

Quant aux premières, si une femme mariée sous le régime dotal, ou sous un autre régime mixte dont le résultat fût également qu'elle ne pût ni hypothéquer ni vendre ses biens dotaux, les hypothéquait, il est de toute évidence que cette hypothèque serait absolument nulle; en sorte que si, étant devenue libre, elle avait hypothéqué ses biens à une autre personne, cette hypothèque devrait avoir son effet, et elle ne serait pas annulée par la ratification qu'elle ferait après, du premier contrat constitutif d'hypothèque sur les mêmes objets. La ratification, dans ce cas, n'aurait point d'effet rétroactif au premier acte, au préjudice du tiers.

Il en serait de même si la femme, d'après la position dans laquelle elle se trouverait, ne pouvait hypothéquer, soit ses biens dotaux, soit d'autres biens, qu'avec l'autorisation de son mari, et si elle les hypothéquait sans cette autorisation; ou si le mari les hypothéquait seul, ou au nom de sa femme, ou avec promesse de rapporter la ratification de celle-ci. Dans ces deux cas, l'hypothèque que la femme, étant devenue libre, aurait consentie au profit d'une autre personne, ne recevrait aucune atteinte d'une ratification qu'elle ferait postérieurement du premier contrat constitutif d'hypothèque. Tout cela résulte des principes que j'ai

déjà développés, et notamment de la doctrine de Mornac. [1]

La même discussion aurait lieu, si d'après un changement de législation, un tiers eût eu, lors de la ratification de l'acte, un droit de résolution de ce même acte, qu'il n'aurait pas eu d'après la législation qui aurait existé lorsque ce même acte aurait été passé. C'est en ce dernier sens que la Cour de cassation a rejeté, le 12 décembre 1810, le pourvoi contre un arrête de la Cour royale de Riom. L'arrêt de la Cour de cassation est rapporté dans le Recueil de Denevers, *an* 1811, *pag.* 63. Claudine Duvergier, épouse de Georges Cotte, domiciliée dans une coutume de communauté, avait des droits indivis avec un frère dans les successions de ses père et mère. Georges Cotte vendit seul, comme mari, ces droits au sieur Gagnon, le 19 nivôse an 11, avec promesse de faire ratifier la cession par sa femme. D'après la législation existante à l'époque de cette vente, le cohéritier ne pouvait pas exercer la demande en subrogation de cession. Le 1er fructidor an 12, la femme Cotte ratifia cette cession. Sur la demande en partage des deux successions, formée par Gagnon contre Duvergier, frère de la cédante, celui-ci demanda à être subrogé à l'acquisition faite par Gagnon, en vertu de l'art. 841 du Code civil, antérieur à la ratification, lequel avait fait revivre l'action en subrogation du cohéritier, qui avait été supprimée auparavant. Il s'éleva la question de savoir s'il fallait se décider par la législation existante à l'époque de la cession, ou par celle admise à l'époque de la ratification. Il fut jugé que, s'agissant d'un acte nul dans le principe, il n'avait eu d'effet que du jour de la ratification, et qu'on avait pu se décider par l'article 841 du Code civil, sans qu'il y eût de rétroactivité. L'espèce est, comme on voit, différente de celles que j'ai déjà posées; mais le principe est le même; il y est également question de l'intérêt des tiers.

44. Je dois examiner quel est l'effet que doit avoir la ratification, faite par un majeur, d'un acte qu'il aurait passé en minorité, et qui contiendrait une stipulation d'hypothèque. Il faut déterminer l'effet de cette ratification, respectivement aux tiers qui, dans l'intervalle de l'acte à la ratification, aurait reçu sur le même immeuble une hypothèque spéciale de la part de celui qui, depuis la première hypothèque, serait devenu majeur et libre, et qui, au préjudice de la seconde hypothèque, aurait voulu ratifier la première. Ce qu'on peut dire de l'hypothèque spéciale, peut se dire également de l'hypothèque générale, telle que l'hypothèque judiciaire qui aurait frappé entre l'acte primitif et la ratification de ce même l'acte, ainsi que de l'hypothèque légale de la femme. Cela est d'autant plus vrai, par rapport à cette dernière hypothèque, qu'il est incontestable qu'elle frappe les biens du mari mineur, ainsi que ceux du mari majeur à compter de la célébration du mariage, sans l'intervention d'aucun acte ni jugement.

Cette question a toujours été très délicate. On en est convaincu lorsqu'on consulte les autorités que j'ai indiquées, en note, au nº 42. Ce qui a causé beaucoup de confusion, c'est qu'on ne distinguait pas d'une manière assez précise, les moyens par lesquels les engagemens contractés par des mineurs pouvaient être attaqués. On mêlait très facilement les nullités légales qui pouvaient vicier les engagemens, avec des moyens qui, tenant principalement à la minorité, étaient de simples moyens de restitution en entier, qui donnaient lieu à la rescision de l'acte. Le mineur était relevé parce qu'il était présumé avoir été victime de la faiblesse de son âge et de son inexpérience. Au premier cas, l'acte

[1] J'ai vu, dans la troisième édition des Questions de droit de M. Merlin, au mot *Hypothèque*, § 4, des opinions qui seraient contraires à ce qui vient d'être dit, au moins sous certains rapports. J'ai seulement connu cette nouvelle édition, lorsque le présent paragraphe de mon Traité s'imprimait. Je crois ne devoir rien changer de ce que j'ai écrit. Je ferai cependant quelques observations sur les opinions contenues dans ce § 4 de M. Merlin, et dans le § *bis*, sur l'effet de la ratification faite par une femme, devenue libre, de l'obligation qu'elle aurait contractee ne l'étant pas, et qui serait nulle dans le principe. Voyez la note qui sera à la fin du nº suivant.

devait être annulé, abstraction faite de la lésion ou de tous autres moyens qui auraient pu faire prononcer la simple restitution. Ces dernières circonstances ne devaient pas même être examinées. Au second cas, la rescision ou restitution du mineur contre l'acte était entièrement subordonnée à la question de savoir s'il y avait ou non abus de sa minorité; cette question était purement de fait. Alors l'acte n'était pas nul dans le principe comme dans le premier cas, il était seulement susceptible d'être annulé. *Non nullus, sed annullandus.*

Mais lors même que l'action en simple rescision ou restitution, formée par le mineur, était rejetée, et que l'exécution de l'obligation eût dû être maintenue, la validité de cette obligation n'emportait pas celle de l'hypothèque. On en sent la raison, c'est que le mineur n'aurait jamais dû pouvoir avec effet hypothéquer ses immeubles. La faculté d'hypothéquer est subordonnée à celle de vendre. Tels étaient les principes du droit romain, ainsi qu'on l'a vu au n° 31. Ainsi, lors même que l'obligation eût dû subsister, l'hypothèque n'aurait pas moins dû être annulée. Tel était le résultat de plusieurs lois particulières du droit romain, et notamment de la loi 3, au Cod. *de his qui veniam, etc.* Elle proscrit l'hypothèque qui serait souscrite par le mineur, comme la vente qu'il ferait de ses immeubles. On retrouve les mêmes idées dans la loi Ire, § 4, et dans la loi 2, ff. *de rebus eorum qui sub tut.* L'obligation était toujours bien un engagement envers le créancier, mais c'était un engagement sans hypothèque.

Or, l'obligation seule lie bien la personne; elle frappe sur les objets mobiliers, mais elle n'affecte pas les immeubles. Cela résulte de la définition que j'ai donnée de l'hypothèque, au n° 4, et que je crois exacte: *Per hypothecam non obligatur persona debitoris, sed res.* Mais tout indique que par cela même que l'hypothèque était un accessoire inséparable de l'obligation, que cette réunion était de droit et sans stipulation, on avait une propension à faire subsister l'une avec l'autre; en sorte que si une obligation consentie par un mineur qui aurait eu des immeubles, était ratifiée lorsqu'il était majeur, la ratification, au moins d'après les décisions de quelques tribunaux, avait un effet rétroactif à la date de l'obligation, tant pour l'hypothèque que pour l'obligation dont cette hypothèque était la suite.

Mais il faut en venir aux principes du Code civil. Or, on y voit bien plus énergiquement exprimé que dans l'ancien droit, la nullité de l'hypothèque, quoique l'obligation du mineur subsiste. Quant à celui qui n'est pas émancipé, il ne peut avoir plus d'autorité que son tuteur, et, d'après l'art. 457, le tuteur *ne peut* ni aliéner, ni *hypothéquer* les biens du mineur sans les formalités qui sont prescrites. L'interdiction d'hypothéquer est placée sur la même ligne que celle de vendre, relativement au mineur émancipé; l'art. 481 lui accorde une administration; il veut qu'il ne soit restituable, respectivement à ces actes d'administration, que dans le cas où le majeur pourrait l'être. On voit là le principe d'une simple action en restitution ou rescision. L'emprunt ne lui est permis par l'art. 483, qu'avec des formalités qui y sont indiquées. Cette permission, limitée à l'emprunt emporte l'exclusion d'hypothéquer. Cet article 483, en permettant l'emprunt ne le fait que sous le rapport des actes d'administration auxquels il se réfère. Mais l'art. 484 lui interdit impérativement la faculté de vendre et d'aliéner, et par conséquent celle d'hypothéquer, qu'on ne peut séparer de la faculté de vendre. Enfin, le mineur, émancipé ou non, est, sans contredit, compris dans l'article 2124, qui dit que les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. L'art. 2126 prononce encore la nullité de toutes les hypothèques dont on voudrait grever les biens des mineurs indéfiniment. Jamais nullité n'a été prononcée d'une manière aussi précise. Il a donc été dans le vœu de la loi, que quelque sort que pût avoir l'obligation, l'hypothèque ne pourrait se soutenir.

L'hypothèque étant donc nulle, d'une nullité si formellement prononcée par la loi, on ne conçoit pas comment elle pourrait revivre par l'effet d'une ratification qui en serait faite en majorité, au préjudice d'hypothèques conventionnelles, judiciaires ou légales qui auraient frappé utilement l'immeuble avant la ratification. Entre deux hypothèques établies sur des immeubles, on ne peut mettre en balance celle qui est régulière, qui est avouée par la loi, avec celle que la loi rejette et prohibe expressément. Ici revient parfaitement la doctrine de Barthole et de Mornac, que j'ai développée n° 42 : *Actus medius interveniens impedit ratihabitionem trahi retrò in præjudicium* TERTII. Nul doute que la ratification faite en majorité ne puisse avoir son effet, du débiteur qui ratifie au créancier ; ainsi, la ratification assurera à ce dernier tout ce qu'il est possible qu'elle assure, et, par exemple, des dommages-intérêts à raison de l'inexécution de l'acte primitif, des jouissances perçues pendant la minorité de celui qui a consenti cet acte primitif, s'il s'agit d'une vente ; des intérêts qui auraient été payés pendant cette même minorité, s'il est question d'une simple obligation. Tout cela concerne seulement le créancier et son débiteur qui ratifie. Aussi Mornac, en se prononçant contre l'effet rétroactif de la ratification, restreignait cet effet au seul intérêt du débiteur qui ratifie, *secùs si agatur de solo ratificantis damno*. Mais la ratification est toujours impuissante à l'égard du tiers.

Voudrait-on répandre des doutes sur le genre de nullité de l'hypothèque qui aurait été consentie par le mineur en même temps qu'il aurait contracté son obligation, en se fondant sur la disposition de l'art. 1304 du Code civil? De ce que cet article porte en même temps sur l'action *en nullité ou en rescision*, et de ce que l'exercice de cette action est restreint à dix ans, voudrait-on en conclure que la nullité de l'acte, et par conséquent de l'hypothèque, tient à la rescision ou restitution ; que, dès lors, ce n'est pas une nullité radicale, mais une simple nullité qui pourrait être prononcée, ou non, selon la nature des faits ; qui pourrait être couverte par une ratification, laquelle ratification aurait un effet rétroactif au jour de l'acte? Mais ce serait brouiller toutes les idées et introduire une confusion qui serait la source de beaucoup d'erreurs. On sent donc l'importance dont il est, sous plusieurs rapports, de saisir avec justesse la disposition de cet art. 1304.

Il est incontestable que, conformément à l'ancienne législation, le mineur a une action en simple restitution ou rescision contre des conventions qu'il pourrait faire, desquelles il résulterait contre lui des engagemens, abstraction faite de toute hypothèque ; et ces engagement pourraient ne frapper que sur sa fortune mobilière. Les art. 481, 1305 et 1306, ainsi que d'autres, présentent les cas qui pourraient faire naître cette action. Les auteurs du Code civil ont voulu déterminer la durée de l'exercice de cette action à dix ans, ainsi que cela avait lieu avant ce Code ; et tel a été l'objet de l'art. 1304. Mais suit-il de là que le mineur ne doive avoir que cette seule action en restitution qui est soumise aux faits, et qu'il ne puisse pas invoquer des nullités qui ont lieu *ipso jure?* c'est ce qu'on ne saurait avancer. Il reste sans doute une nullité de ce genre pour l'hypothèque et pour la vente auxquelles le mineur aurait consenti pendant sa minorité ; nullité qui fait que cette hypothèque, que cette vente doivent être considérées comme ayant été sans effet dès le principe. Il est vrai que le législateur a appliqué et à l'action en simple restitution ou rescision, et à l'action qui résulterait d'une nullité légale, indépendante des circonstances, la nécessité de se pourvoir dans les dix ans. Mais la fixation de la prescription, pour être commune à toutes ces actions, n'en change pas la nature. Cet article comprend dans cette même prescription de dix ans la nullité relative aux actes passés par *les femmes mariées non autorisées* ; or, pourrait-on dire, avec le moindre fondement, que cette dernière nullité n'est pas une nullité légale qui attaque l'acte dans son fondement?

Pour bien saisir la disposition de l'article 1304, dont la rédaction est savante et mérite d'être méditée, il faut rapprocher de cette disposition l'art. 134 de l'ordonnance de 1539, article infiniment important, qui a été suivi jusqu'au Code civil, et qui néanmoins a été encore souvent et long-temps mal entendu. Avant cette ordonnance, disait M. Bourdin, procureur du roi au Parlement de Paris, dans ses observations sur cet art. 134, il y avait une grande diversité d'avis sur le délai qu'avait le mineur pour réclamer. Les uns lui accordaient trente ans, les autres moins; et on faisait un nombre infini de distinctions. J'ajouterai que toutes ces difficultés qui dérivaient des textes du droit romain, qui présentaient beaucoup de confusion, étaient augmentées par la circonstance que ce droit attachait à la *restitution en entier* une idée infiniment plus étendue qu'on ne faisait en France. On y comprenait, sous ce mot de *restitution* le droit de se faire relever de tout préjudice quelconque, que l'on souffrait à cause d'erreur par son fait propre, ou par le fait d'autrui, pour avoir été mal défendu dans les contestations judiciaires, pour avoir éprouvé des vexations de la part d'un magistrat, et pour une infinité d'autres causes dont le détail serait inutile. Telles sont les idées qu'on prend, notamment à la lecture du titre 2, liv. 4, ff., et même dans les titres 3 et 4. Le législateur chercha donc, par cet art. 134, à fixer les les idées, et à simplifier la jurisprudence sur ce point. La durée de l'action, pour simple restitution, fut fixée à dix ans. Mais on connaissait bien la distinction qu'il fallait faire entre ce cas de restitution et celui de la nullité proprement dite; et pour diminuer les procès, pour établir la tranquillité des familles, l'action en nullité qui était d'un autre genre, et qui, à la différence de la première, pouvait être exercée pendant trente ans, fut soumise, ainsi que celle en restitution, à la même prescription de dix ans. On sent qu'il faut en venir au texte de cet art. 134. « Nous voulons ôter aucunes difficultés et diversités d'opinions qui se sont trouvées par ci-devant sur le temps que se peuvent faire casser les contracts faicts par les mineurs; ordonnons qu'après l'âge de trente-cinq ans parfaits et accomplis, ne se pourra pour le regard *du privilège ou faveur de minorité*, plus déduire ne poursuivre la cassation desdits contracts en demandant ou en défendant par lettres de relièvement ou restitution, ou autrement, *soit par voie de nullité (pour aliénation des biens immeubles faite sans décret ni autorité de justice)*, ou pour lésion, déception ou circonvention, sinon ainsi qu'en semblables contracts sera permis aux majeurs d'en faire poursuite par relièvement ou autre voie permise de droit. »

On voit bien marqués dans cet article le cas de la nullité légale, et celui de la simple restitution. On sent combien d'erreurs on ferait naître si on confondait l'un avec l'autre. L'art. 1304 est conçu dans le même sens. Il n'y a qu'une seule différence entre cet article et celui de l'ordonnance, c'est que ce dernier ne comprenait pas dans la prescription de dix ans l'action en nullité du contrat que la femme aurait fait en puissance du mari, et qui serait nul, cet article se référant seulement aux actions quelconques du mineur; au lieu que ce cas de la nullité, concernant la femme mariée, est compris dans l'art. 1304, ce qui est une amélioration à notre législation. Or, suivant nos auteurs français les plus versés en jurisprudence, la nullité d'un acte fait par le mineur contre la prohibition de la loi, et qui affectait ses immeubles, était indépendante du cas de restitution, et se réglait par d'autres principes. La nullité était radicale, parce qu'elle était prononcée d'une manière prohibitive, par les lois romaines et par la plupart des coutumes qui déclaraient nulle et invalide l'aliénation de ses immeubles. Avant l'ordonnance de 1539, cette nullité pouvait être réclamée pendant trente ans; et ce ne fut qu'après cette ordonnance qu'on dut la demander dans les dix ans, parce que telle était la disposition précise de cet art. 134 qui avait dérogé aux coutumes. Mais, pour réclamer cette nullité, il ne fallait pas obtenir des lettres de res-

cision, comme pour le cas de la simple restitution. C'est ce qu'on voit, notamment dans les commentaires d'Auroux des Pomiers, sur les art. 171 et 173 de la Coutume de Bourbonnais, et de M. Chabrol, sur l'art. 2 du tit. 14 de la Coutume d'Auvergne. L'art. 173 de la Coutume de Bourbonnais, remarqué de tout temps par sa savante rédaction, et qui aussi avait été réformée, assimilait les mineurs aux femmes mariées, quant à la nullité de la vente, de la donation, et autres actes; et le second des auteurs que je viens de citer, disait que si la femme avait trente ans pour demander la nullité, tandis que le mineur n'en avait que dix, c'était uniquement parce que la restriction du délai à dix ans, établie par l'ordonnance à l'égard du mineur, ne l'était par aucune loi à l'égard de la femme. Aussi le célèbre Dumoulin avait dit sur l'art. 173 de la Coutume de Bourbonnais : *Non est locus restitutioni sed nullitati*; et si dans la suite, par l'effet de l'habitude des praticiens de confondre le cas de la restitution avec celui de la nullité, on prenait des lettres de rescision pour ces deux cas, quoiqu'elles fussent inutiles pour celui de la nullité, les tribunaux éclairés prononçaient la nullité, quand il y avait lieu, en disant, *sans qu'il soit besoin de s'arrêter aux lettres de rescision.*

Voudrait-on prétendre encore que le second créancier qui aurait acquis une hypothèque du débiteur qui aurait souscrit la première obligation, lorsqu'il était en minorité, ne pourrait pas s'en prévaloir et attaquer la première hypothèque, si le premier acte n'était rescindable que pour cause de restitution? Voudrait-on prétendre que le second créancier paraîtrait alors vouloir exciper d'un droit de rescision pour cause de lésion, et que l'exercice de ce droit, de la part d'un créancier, au nom du débiteur auquel il appartient, et repoussé par l'art. 1166 du Code civil, où il est dit que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs, à l'exception de ceux qui sont *exclusivement attachés à la personne?* Dirait-on que l'exercice de cette action en rescision est un droit attaché à la personne, que le second créancier ne pourrait pas exercer lui-même, en se mettant aux droits du débiteur?

D'abord, il est hors de doute que l'action en rescision n'est pas un droit *attaché à la personne*, et qu'un créancier peut la faire valoir en exerçant les droits de son débiteur. Mornac, sur la loi 4, au Code *quandò fiscus, etc.*, est l'auteur qui établit avec le plus de précision le droit des créanciers dans les principes des lois romaines. Suivant ces lois, les créanciers n'avaient pas précisément le droit d'exercer les actions du débiteur : ils pouvaient seulement demander, par l'action révocatoire, la nullité des actes que le débiteur avait passés en fraude de ses créanciers. Mais cet auteur ajoute que l'on s'était éloigné, à cet égard, de la jurisprudence romaine, et que les créanciers pouvaient exercer les droits qui appartenaient à leurs débiteurs; *Recessimus in eo*, dit-il, *romanâ jurisprudentiâ*. Et on ne saurait voir comment le droit dont il s'agit est un droit attaché à la personne.

Denisart, qui rend à ce sujet, et fidèlement, les principes de la jurisprudence, dit, au mot *créancier*, après avoir établi la règle générale, *Creditor in jus universum debitoris succedit* : « En un mot, les actions et *les priviléges personnels* du débiteur peuvent être exercés par ses créanciers, quand l'exercice *ne demande pas une acceptation précise* de la personne à qui le privilége est accordé. »

Lebrun a expliqué ce principe avec étendue, dans son traité des successions, liv. 2, chap. 2, sect. 2, n° 42; il donne en maxime que régulièrement un créancier peut exercer tous les droits de son débiteur, et s'y faire subroger à cet effet, quand le débiteur refuse de les exercer lui-même; parce que ce refus passe pour une fraude manifeste, personne n'étant présumé abandonner ses droits à plaisir. Cet auteur n'excepte de cette règle que certains droits qui sont tellement attachés à la personne, qu'un créancier ne pourrait pas les exercer. En suivant les idées de son temps, il citait pour exemple la saisie féodale, faute de rendre la foi et

hommage, parce que ce droit dérivait du mépris fait au seigneur dominant; ce qui lui était absolument personnel. On pouvait mettre de ce nombre le retrait. On pourrait y ajouter l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude. Enfin, Lebrun, au nº 46, va plus loin; il dit qu'un privilége, même personnel, qui contient quelque émolument, peut être exercé par les créanciers, pourvu que ce privilége ne demande pas *une acceptation précise* de la personne à qui il est accordé. En conséquence, il est permis, disait-il, à un créancier d'accepter une succession du chef de son débiteur, en offrant de l'indemniser des évènemens.

Le célèbre Cochin, plaidoyer 65, t. 3, page 232, a développé ce principe avec une nouvelle précision : « Il faut distinguer, a-t-il dit, les actions qui appartiennent à un débiteur pour conserver son bien, et celles qui lui appartiennent pour acquérir. » Il dit que les premières peuvent être exercées par les créanciers. Or, on doit placer dans cette classe une action rescisoire qui tend à conserver, et non à acquérir.

En un mot, ce qui forme le caractère principal des droits que le créancier peut ou non exercer au nom de son débiteur, est la qualité de *cessible* ou d'*incessible*. C'est ce qui caractérise ce qui est *personnel* ou ce qui ne l'est pas. Un droit est-il incessible, tel, par exemple, qu'un droit d'usage et d'habitation? il ne peut être exercé par un créancier. Mais peut-on en dire autant d'un droit de rescision qui ne s'éteint pas avec la personne de celui à qui il appartient, et qu'il transmet à ses héritiers? Aussi Charondas, en ses Réponses du droit français, *liv.* 9, *rép.* 25, rapporte un arrêt du 5 mars 1558, qui a jugé qu'un créancier, même chirographaire, pouvait exercer une demande en entérinement de lettres de rescision pour raison de la lésion d'outre-moitié qui avait lieu alors, en faisant valoir les droits de son débiteur. On sent qu'un pareil droit tient à une cause de *restitution*. Maynard, dans ses Questions notables du droit écrit, *liv.* 3, *chap.* 70, en cite un autre conforme du mois de juillet 1593. Je n'en connais aucun qui, depuis, ait jugé le contraire.

Ensuite, il ne faut pas perdre de vue que la rescision pour cause de simple restitution, que la circonstance même que le premier acte serait confirmé, et que l'obligation conserverait sa force, comme obligation, deviennent indifférentes sous le rapport de l'hypothèque qui, étant annulée et comme effacée par la loi, ne peut revivre par la ratification, qui ne peut nuire au tiers qui a acquis une hypothèque intermédiaire. Le droit de demander cette nullité appartient à toute partie intéressée à la faire valoir. D'ailleurs, l'intention de contester le premier engagement, ainsi que la première hypothèque, n'existe-t-elle pas dans celui qui les a consentis, d'après la nouvelle hypothèque qu'il a formellement donnée au second créancier sur les mêmes objets? Et celui-ci ayant reçu de ce débiteur une hypothèque valablement constituée, ou la loi la lui ayant conférée même sans le secours de la convention, a-t-il pu en être dépouillé par une ratification tardive qu'on ne peut considérer, dans ce cas, que comme frauduleuse, et qui souvent serait achetée d'un débiteur qui, dans un dérangement de fortune, n'aurait plus rien à ménager ni à perdre? On trouve un autre motif remarquable exprimé dans le Traité *des hypothèques* de Basnage, qui rapporte, *ch.* 3, *p.* 17 *et suiv.*, *édit. in*-12. des arrêts des parlemens de Rouen et de Bretagne, des 6 février 1668, 15 octobre 1652 et 4 février 1663, qui ont jugé dans les principes que je viens d'exposer. « Il était même, disait Froland, avocat, de l'intérêt public de n'approuver pas les contrats de cette qualité, sous prétexte d'une ratification mendiée depuis la majorité du mineur; ceux qui étaient bien informés de son âge s'assurant qu'il ne pouvait valablement contracter, seraient déçus facilement si l'on donnait un effet rétroactif aux contrats qu'il aurait passés en sa minorité, en conséquence de la ratification qu'il en aurait faite après sa majorité. » Il est vrai que le contraire a été

jugé par l'arrêt du parlement de Paris, du 23 juillet 1667, qui est au nombre des autorités que j'ai indiquées pour être consultées, au n° 42; mais je ne me fonde pas sur des arrêts qui se contrarient, sur lesquels il paraît même que les circonstances ont influé, et qui enfin doivent être appréciés d'après les dispositions du Code civil auquel ils doivent être soumis.

En effet, indépendamment des dispositions que j'en ai rapportées, tout ce qui vient d'être dit, relativement à l'intérêt du tiers qui a acquis une hypothèque intermédiaire, se confirme par l'art. 1338. Il y est dit que la confirmation, la ratification ou exécution volontaire d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision (ce qui comprend tout), emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pourrait opposer contre cet acte; et on y voit de suite ces termes bien importans, *sans préjudice néanmoins du droit des tiers.*

Enfin, venons à un arrêt de la Cour royale de Nanci, du 1er mai 1812, qui donne les idées les plus lumineuses sur cette question qui a été si fortement agitée, et si diversement jugée. Cet arrêt, par la justesse de ses motifs puisés dans le Code civil, est propre à fixer toutes les incertitudes. Il est, selon moi, tellement important, que je crois devoir mettre en note sous les yeux du lecteur, non seulement l'arrêt lui-même, mais encore l'espèce sur laquelle il a été rendu, d'après le rapport qui en est fait dans le Recueil de Denevers, *an* 1812, *pag.* 102, *au supplément* [1].

---

[1] Par un acte public du 7 juillet 1804, le sieur B....., mineur émancipé, souscrivit, au profit du sieur D......, une obligation de la somme de 600 fr. qu'il reconnut avoir reçue de celui-ci, et se soumit à la rembourser dans le délai de trois ans. Pour sûreté de ce remboursement, il hypothéqua spécialement un immeuble situé dans l'arrondissement du bureau de Nanci, où ce titre fut inscrit après.

B ... est arrivé à sa majorité le 5 mars 1805, et le 12 décembre de la même année, la veuve N .... lui a prêté, par contrat, une somme de 2,000 liv., pour sûreté de laquelle il hypothéqua spécialement le même immeuble.

B..... a vendu ce bien en février 1810; et, par suite de cette vente, il s'est élevé, au tribunal civil de Nanci, une instance d'ordre entre ses créanciers hypothécaires.

La dame veuve N..... et plusieurs autres créanciers y ont soutenu que l'inscription prise par le sieur D..... était nulle, comme ayant pour objet la conservation d'une hypothèque conférée par un mineur émancipé.

Celui-ci a, pendant l'instance d'ordre, ratifié, par acte sous seing privé, du 3 décembre 1811, son obligation.

Le 5 février 1812, jugement du tribunal civil de Nanci, qui déclare nulle l'inscription. « Attendu que le sieur D.... applique faussement l'art. 2012 du Code civil, en soutenant que les créanciers qu'il veut primer sont sans qualité pour lui contester la validité de son contrat, en conséquence de son inscription. A la vérité, ils ne pourraient faire annuler ni rescinder ce contrat, qui doit exister entre le créancier et le débiteur; mais ils ont qualité pour débattre l'inscription consentie par B....., mineur, parce qu'elle blesse le droit qu'ils tiennent de la loi, de ne pas être primés par une inscription nulle, ayant été consentie par un mineur qui n'en avait pas le pouvoir, aux termes de l'art. 2124, et parce que tout ce qui se fait contrairement au texte précis de la loi *doit être censé ne pas exister.* La ratification tardive sous seing privé, obtenue par B.... de son débiteur, postérieurement aux poursuites exercées contre lui, ôte bien à B.... le pouvoir de rescinder le contrat; mais elle ne peut valider une inscription nulle dans son principe. L'interprétation donnée par B..... à l'art. 2116 ne peut être adoptée, étant contraire à l'art. 2124, qui renferme, sans distinction, une disposition générale prohibitive. Ainsi, B. ... a titre obligatoire, mais qui ne lui confère aucune hypothèque; il doit donc être primé par tous les créanciers inscrits. »

Le sieur D..... a appelé de ce jugement.

Il persistait à soutenir, sur l'appel, 1° que les intimés étaient sans qualité pour critiquer la validité de son inscription, parce que les créanciers ne peuvent exercer les droits et actions purement personnels à leurs débiteurs et que l'exception de minorité est déclarée personnelle par la loi (articles 1166 et 2012 du Code civil); 2° que les obligations contractées par les mineurs émancipés n'étant pas nulles, mais seulement sujettes à rescision dans le cas de lésion, leur ratification expresse ou tacite en fait remonter l'effet à l'instant où elles avaient été contractées; que l'hypothèque était une partie intégrante et inséparable de l'obligation; que la prohibition d'hypothéquer est, à l'égard du mineur, comme celle d'emprunter; c'est-à-dire, que ces actes pouvaient être rescindés seulement lorsqu'il y avait lésion.

On retrouve, en substance, la réponse des intimés, dans les motifs de l'arrêt suivant:

ARRÊT.

La Cour, sur les conclusions conformes de M. Jaunot, conseiller auditeur, au nom de M. le procureur général; — Attendu, 1° que l'hypothèque n'ayant ses principaux effets que relativement aux créanciers hypothécaires, ceux-ci ont intérêt, et conséquemment qualité pour débattre les inscriptions qu'ils prétendent être entachées de nullité, soit en la forme, soit au fond; que l'exception de minorité n'est personnelle au débiteur, dans le sens de l'article 1166 du Code civil, que relativement à l'obligation, et non à l'hypothèque; — Attendu, 2° que des art. 2124 et 2126, même Code, résulte la nullité absolue de l'hypothèque consentie par un mineur émancipé, sans l'observation des formes prescrites;

On sent bien que tout ce que je viens de dire s'applique également au cas où le tuteur aurait consenti une hypothèque sur les biens du mineur, qui serait nulle par le défaut de formalités ou autrement : le mineur qui, étant devenu majeur, aurait donné une hypothèque sur les mêmes biens, ne pourrait certainement pas ratifier ensuite la première hypothèque au préjudice de celui au profit duquel il en aurait stipulé une nouvelle [1].

45. On devrait se régler par tous ces principes, et encore, à plus forte raison, dans le cas d'une nullité qui ne serait pas, à proprement parler, une nullité relative à l'incapacité de contracter, mais qui serait absolue. Je veux parler du cas où une hypothèque se trouverait avoir été consentie par une personne très capable de contracter, mais qui serait établie par un acte nul en la forme. Si, par exemple, l'acte constitutif d'hypothèque eût été

---

que la ratification expresse ou tacite du débiteur devenu majeur, valide, à la vérité, l'obligation par lui souscrite en minorité, parce qu'elle n'était point nulle, étant seulement sujette à rescision, mais qu'elle ne peut valider l'hypothèque qui a toujours été nulle, dès le moment de sa constitution, parce que, indépendamment des termes prohibitifs de la loi, la publicité du régime hypothécaire, et la connaissance certaine que les créanciers doivent avoir des charges qui pèsent sur les biens de leur débiteur, ne permettent pas qu'il soit au pouvoir de celui-ci de nuire à des droits acquis irrévocablement et de bonne foi, pouvoir dont le moindre appât déterminerait facilement l'exercice, de la part d'un individu totalement ruiné; et en adoptant, au surplus, les motifs des premiers juges; — Met l'appellation au néant, avec amende et dépens.

[1] Mon Traité était terminé, et l'impression de ce paragraphe était commencée, lorsque j'ai connu, pour la première fois, la troisième édition des Questions de droit de M. Merlin. J'y ai remarqué, tom. 3e, pag. 408 et suivantes, qu'il traitait la question dont il s'agit avec beaucoup d'étendue et sous des rapports différens. J'y ai vu percer quelques opinions qui paraîtraient contraires aux principes que j'ai exposés. Après y avoir bien réfléchi, je persiste dans tous les principes que j'avais déjà développés dans ce no 44, et je pense qu'on y trouvera la réponse à tout ce que pourrait contenir de contraire le nouveau travail de M. Merlin. Cependant, je crois qu'il est à propos de faire quelques observations.

M. Merlin dit, pag. 413, 2e col. : « Il n'y a donc que le mineur qui puisse, dans les principes du droit romain, revenir contre l'hypothèque qu'il a consentie sans décret de justice. Les tiers avec qui il a contracté depuis ne peuvent donc pas en opposer la nullité; elle conserve donc tout son effet contre eux, du moment que parvenu à sa majorité, il la ratifie. Eh! comment ne la conserverait-elle point dans ce cas? elle la conserverait même s'il gardait le silence. »

Je crois avoir démontré que, dans les principes du droit romain même, l'hypothèque constituée par le mineur, sans les formalités, était nulle. M. Merlin l'établit lui-même ailleurs. Je crois avoir prouvé aussi que cette nullité pouvait, comme l'action en rescision, être exercée par le créancier qui contracte ensuite avec le mineur devenu majeur, et que la ratification que celui-ci ferait dans la suite de la première hypothèque ne peut nuire au créancier intermédiaire.

Quant à ce que dit M. Merlin, que la ratification doit conserver l'effet de la première obligation en faveur du premier créancier, puisque l'obligation conserverait son effet si le mineur gardait le silence, cela mérite une grande attention.

Remarquons bien que, dans le passage que j'ai transcrit, M. Merlin ne se borne pas à la conservation de l'effet de la première obligation, comme obligation seulement; il parle catégoriquement de l'*hypothèque* qui serait nulle, et qui serait néanmoins conservée, selon lui, au préjudice *des tiers* avec qui le débiteur, devenu majeur, aurait contracté depuis la première obligation faite en majorité. Or, je n'ai cessé de remarquer la distinction qu'il fallait faire entre l'obligation comme obligation qui pouvait être conservée, et l'hypothèque qui, étant nulle, quand l'obligation resterait comme obligation, ne pourrait jamais revivre par la ratification, au préjudice des tiers.

Mais M. Merlin tire un grand moyen de ce que le silence de la part du débiteur conserverait seul l'effet de la première obligation. Il entend sans doute parler du silence que garderait celui qui se serait obligé étant mineur, pendant tout le délai dans lequel il aurait dû attaquer l'obligation. Mais c'est résoudre la difficulté par la difficulté même. C'est en effet une question importante de savoir si ce silence a l'effet que M. Merlin lui attribue. Je traite cette question au no 47.

M. Merlin dit ensuite, mêmes pages 413 et 414 : « Inutile d'objecter la maxime, que la ratification ne peut jamais préjudicier à un tiers. Cette maxime n'est vraie que quant à la ratification d'un acte que la loi considère comme non existant, soit parce qu'elle le frappe d'une nullité absolue, par des motifs d'ordre public, soit parce qu'il manque des formes essentiellement constitutives de son existence légale, soit parce qu'il est étranger à la personne qui le ratifie, et qui, par sa ratification, se le rend propre. »

Tous ces principes sont vrais : je les développe dans le cours du Traité, et notamment dans ce § 3. Mais il reste toujours la question importante de savoir quel est le genre de nullité par laquelle l'hypothèque constituée par le mineur peut être attaquée. Cette hypothèque n'est-elle pas nulle *ipso jure*, par l'effet de la prohibition de la loi? A-t-elle eu une existence légale? Si elle a été nulle *ipso jure*; si elle n'a point eu une existence légale, elle n'a jamais pu revivre au préjudice des tiers. Voilà toujours où il faut en revenir.

Mais écoutons ce que dit M. Merlin, à la page 414, où il traite la même question, sous le rapport du Code civil, dont les principes lui paraissent différens de ceux du droit romain.

« Le Code civil, dit-il, a introduit, à cet égard, une législation toute nouvelle. Ce n'est plus par voie de *nullité*, ce n'est plus que par voie de *rescision*, que le mineur peut réclamer, en majorité, contre les *aliénations* qu'il a faites, et contre les *hypothèques* qu'il a consenties, sans les formalités requises. »

passé par un seul notaire, ou par un notaire sans le nombre de témoins requis par la loi du 25 ventôse an 11, ou avec des témoins qui n'auraient pas pu l'être d'après cette même loi, l'acte serait frappé d'une nullité radicale, d'après laquelle il devrait être considéré comme n'existant pas, suivant la maxime, *quod nullum est*

D'après ces assertions que je suis loin d'approuver, et qui, selon moi, ne sont certainement pas établies par ce que dit M. Merlin, on ne doit plus être étonné de ses autres opinions sur cette question. Il a voulu être conséquent avec lui-même. Je crois avoir présenté dans son véritable sens l'article 1304 du Code civil. Je crois avoir fait remarquer les cas de la rescision pour restitution, et ceux de la nullité. Ils sont toujours distingués, quoiqu'ils soient compris cumulativement, quant au délai fixé pour la prescription, dans cet art. 1304. Il faut faire de ses dispositions une application distributive. Ainsi je ne pense pas qu'on doive se rendre aux conséquence que M. Merlin tire, dans la suite de ce passage, de ses premières assertions, et notamment à celles-ci :

« Donc la vente et l'aliénation que le mineur émancipé fait de ses immeubles, sans observer ces formalités, sont au nombre des conventions dont parle l'art. 1305, dans sa seconde partie. »

« Donc le mineur qui a vendu ou aliéné, *et par conséquent hypothéqué ses immeubles*, sans observer ces formalités, ne peut revenir contre ce qu'il a fait, que par *rescision*. »

« Donc la vente, l'aliénation, l'hypothèque qu'il a consenties, sans ces formalités, *ne sont pas nulles de plein droit*. »

Ce caractère donné à la nullité dont il s'agit, est aussi contraire aux principes du Code civil, qu'à ceux de l'ancienne jurisprudence française.

M. Merlin annonce qu'il avait pensé différemment, qu'il s'est cru dans l'erreur et il déclare qu'il se rétracte : il en donne les raisons. Le scrupule est sans contredit très louable. Mais ce scrupule était sans fondement ; et je pense que sa première opinion était plus juridique que la seconde.

M. Merlin en vient, pag. 420, à l'action en nullité de la femme mariée, qu'il compare à l'action rescisoire du mineur ; et voici ce qu'il dit, car on ne peut bien répondre qu'en le transcrivant littéralement :

« L'action en nullité de l'hypothèque consentie, sans autorisation, par une femme mariée, est absolument de la même nature qu'était, dans le droit romain, l'action en nullité de l'hypothèque consentie par un mineur, sans décret préalable de justice. Car, de même que l'hypothèque consentie par un mineur, sans décret de justice, était, dans le droit romain, nulle de plein droit, mais ne l'était que d'une nullité relative, de même aussi c'est de plein droit, mais seulement d'une nullité relative, qu'est nulle l'hypothèque consentie par une femme mariée, sans l'autorisation de son mari. Donc, de même que, dans le droit romain, la ratification donnée en majorité à l'hypothèque consentie par le mineur, rétroagissait jusqu'au jour de la constitution primitive, de même aussi c'est au jour de la constitution primitive que doit se reporter l'hypothèque consentie, sans autorisation, par une femme mariée, mais que cette femme a depuis ratifiée, avec autorisation ou en viduité. Donc il ne reste aux créanciers qui ont traité avec cette femme, dans l'intervalle entre la constitution primitive et la ratification de l'hypothèque, d'autre ressource que de prouver que la ratification a été frauduleuse, *consilio et eventu*.

« M. Toullier avait professé une doctrine contraire, dans son tome 2, n° 68 ; et j'en avais fait autant dans le Répertoire de jurisprudence, aux mots, *Autorisation maritale*, sect. 9 ; mais il s'est rétracté dans son tom. 7, n° 571, et je me rétracte comme lui. »

Les auteurs français, les commentateurs des coutumes, enseignent que l'obligation de la femme, faite contre la disposition prohibitive de la loi, est nulle, et que ce cas est étranger à celui de la rescision. Ceux même qui étaient d'avis que la ratification donnait un effet rétroactif à l'obligation du mineur, parce qu'ils ne distinguaient pas assez le cas de la restitution ou de la rescision, de celui de la nullité, et qu'ils s'étaient laissé subjuguer par certains arrêts, quoiqu'ils fussent contraires à d'autres ne manquent pas de dire qu'il n'en était pas de même du contrat fait par la femme mariée, en contravention à la loi ; parce qu'alors l'acte ratifié était *nul en lui-même*. Voyez d'Héricourt, *de la vente des immeubles*, chap. 11, sect. 2, n° 8. Je renvoie encore à ce que je dis, n° 55. Et ce qu'on disait autrefois de la femme mariée, on doit le dire aujourd'hui, surtout de l'hypothèque consentie par le mineur, comme certains auteurs anciens le disaient également pour la vente que celui-ci aurait faite, qui doit être assimilée à l'hypothèque.

Qu'importe que la nullité qui concerne le mineur et la femme, soit une nullité *relative*, qualité sur laquelle M. Merlin paraît se fonder. Elle est *relative*, parce qu'elle tient à une incapacité ; mais elle n'est pas moins une nullité légale, qui vicie l'acte, *ipso jure*, sans entrer en connaissance de cause sur les faits, ce qui n'est nécessaire que pour les cas de *restitution* ou *rescision*. Elle est *relative*, par opposition à une nullité *absolue* qui dériverait de l'absence des formes qui constituent l'essence de l'acte, mais elle ne rend pas moins l'hypothèque *sans existence légale*. Elle est encore *relative*, parce que l'incapable qui a contracté peut, lorsqu'il devient capable et libre, réparer le vice de l'acte, en faire cesser la nullité en ratifiant. Mais la ratification n'a d'effet qu'entre le débiteur et le premier créancier, et elle ne peut nuire aux créanciers hypothécaires intermédiaires. Ils peuvent se tenir aux hypothèques qu'ils ont acquises, sans être obligés de *prouver que la ratification a été frauduleuse*, CONSILIO ET EVENTU. Outre que cela serait souvent très difficile à prouver, ils en sont tout aussi dispensés qu'un premier acquéreur l'est de prouver que la vente postérieure à la sienne a été faite frauduleusement. Leur hypothèque subsiste dans sa plénitude, par cela seul que la première hypothèque n'existait pas, ou, ce qui est de même, qu'elle n'existait pas légalement.

Mais lorsque je dis que l'hypothèque intermédiaire subsiste dans sa plénitude, j'entends que cette hypothèque a été constituée valablement, c'est-à-dire, par le débiteur devenu majeur, ou par la femme autorisée de son mari, et avec les formes requises, ou étant en viduité. Car s'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait plus de question. Toutes les fois qu'il ne s'agit pas de l'intérêt des tiers, nul doute que la ratification se lie à l'acte ratifié ; encore l'inscription doit-elle être prise en vertu de la première obligation, et de l'acte de ratification, ainsi que je le dis dans la suite.

nullum producit effectum. Un acte radicalement nul ne peut être ni le germe d'aucune obligation, ni la base d'aucune prescription moindre que celle de trente ans. Aussi est-il dit dans l'art. 2267 du Code civil : « Le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans. » Il n'y a de ressource alors que dans la prescription de trente ans utiles, qui fait supposer un titre, et un titre régulier, et qui en a la vertu : *Habet vim tituli constituti.* Cependant; un pareil acte pourrait avoir son effet dans quelques cas, comme engagement, ce qui arriverait, par exemple, s'il était revêtu de la signature des parties; mais il ne serait pas authentique, et, par conséquent, il n'emporterait pas d'hypothèque. Si donc, dans cette hypothèse, le particulier qui, après cet acte nul, aurait constitué une nouvelle hypothèque sur les mêmes immeubles, en faveur d'une autre personne, ratifiait ensuite la première hypothèque, cette ratification ne pourrait nuire en aucune manière à son second créancier hypothécaire. Il y a plus encore, c'est qu'il y a des cas où l'acte est tellement nul, que la nullité en emporte l'anéantissement total, et qu'il ne pourrait pas prendre effet par une ratification. L'engagement relatif à de pareils actes est d'une si haute importance, que la loi n'attache plus de confiance à une ratification quelconque qui en serait simplement faite. Il faut une volonté précise, exprimée librement dans un nouvel acte absolument indépendant du premier. Supposons, par exemple, qu'il eût été fait une donation qui, à raison de son objet, eût donné lieu, pour en assurer l'effet, à une hypothèque de la part du donateur, et que cette donation fût nulle par un défaut de formes, toute ratification qui en serait faite dans la suite serait évidemment impuissante, tant à l'égard des parties contractantes que respectivement à l'intérêt d'un tiers. Tel est le résultat de l'art. 1339 du Code civil; cependant, aux termes de l'art. 1340, la donation qui serait nulle pourrait être ratifiée par les héritiers ou ayans-cause du donateur, après son décès. Mais, d'après les principes ci-dessus développés, cette ratification ne saurait nuire aux tiers envers lesquels le donateur se serait engagé antérieurement.

46. Il y a une observation essentielle, qui est que, lorsque la ratification est nécessaire, l'incription doit être prise en vertu de l'acte de ratification, et en même temps en vertu de l'acte primitif ratifié. Cet acte primitif étant insuffisant, ne peut exister sans le concours de la ratification. C'est la réunion de ces deux actes qui forme le corps de l'engagement et de l'hypothèque. L'inscription qui aurait été faite en vertu seulement du premier acte serait nulle comme l'hypothèque constituée par ce même acte, l'inscription ne pouvant rien ajouter à l'hypothèque, quant à la validité, ne lui donnant une efficacité que quand elle est valablement constituée; en sorte que si, après une inscription prise en conséquence d'une hypothèque nulle d'après l'incapacité du débiteur qui l'aurait consentie, ce même débiteur étant devenu capable de contracter, donnait une nouvelle hypothèque à une autre personne, cette nouvelle hypothèque étant inscrite pourrait avoir tout son effet. Les tiers ne peuvent être liés régulièrement que par la connaissance de la ratification réunie à celle de l'obligation. D'après la publicité de l'hypothèque, qui fait la base de notre législation, les particuliers qui sont dans le cas de prêter ou d'acquérir doivent avoir des aperçus justes sur les hypothèques qui peuvent avoir été créées précédemment par ceux qui veulent emprunter ou vendre; et ils ne peuvent se décider sur l'existence ou la non-existence, ou, ce qui revient au même, sur la validité ou l'invalidité de l'hypothèque, que d'après la connaissance qui a dû en être donnée par l'inscription : ils ne pourraient donc pas être arrêtés par la connaissance que l'inscription leur donnerait seulement d'une hypothèque nulle. Ce n'est donc que lorsque la ratification arrive, le débiteur étant devenu capable, avant tout engagement nouveau, et que l'inscription est prise en vertu de l'acte primitif et de la ratification, toujours avant tout enga-

gement nouveau de la part du débiteur qui serait inscrit, que le créancier n'a plus à craindre des variations ultérieures de la part du débiteur; mais les hypothèques légales qui auraient frappé sur le débiteur entre l'acte primitif et la ratification resteraient.

Ce n'est pas tout encore; il faut faire attention à la forme des ratifications, pour qu'elles soient efficaces, selon les différentes positions où l'on se trouve. On pourrait ici développer la doctrine enseignée par Dumoulin, sur les actes récognitifs et confirmatifs, au titre *des fiefs*, § 8, *glos. in vº* DÉNOMBREMENT, *nos* 8, 9 *et suiv.* Il distingue, selon le genre du défaut ou du vice de l'acte, le cas où la simple confirmation, celle qu'il appelait *in formâ communi*, suffisait, de celui où la ratification, qu'il appelait *ex certâ scientiâ*, était nécessaire. Elle était faite en forme dispositive, et ce n'était pas tant une confirmation qu'une nouvelle disposition faite dans le dessein de couvrir la nullité par celui qui en a la connaissance, et qui a le pouvoir de réparer le vice de l'acte.

Mais je puis me borner aux dispositions simples et précises de l'art. 1338 du Code civil, dans lequel on voit substantiellement tout ce qu'avait dit Dumoulin sur cette matière. « L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation, contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. » Tout cela est étranger aux engagemens qu'il est question de ratifier uniquement pour en interrompre la prescription, tels que les titres constitutifs de redevances. Il suffit pour ceux-ci qu'il y ait la confirmation la plus simple, *in formâ communi;* mais il ne faut pas moins s'inscrire pour ce genre de créances hypothécaires, comme pour les autres engagemens dont je viens de parler, tant en vertu des titres primitifs, qu'en vertu des ratifications. Il faut apprendre que les anciens titres constitutifs d'hypothèque sont en vigueur, soit qu'il s'agisse d'hypothèque générale, soit qu'il s'agisse d'hypothèque spéciale.

47. Mais les questions que je viens de traiter, au moins en ce qui concerne le mineur et la femme mariée, conduisent à une autre question qui mérite d'être examinée. Le droit d'attaquer un acte, pour cause de nullité ou de rescision, se prescrit par dix ans. D'après l'art. 1304 du Code civil, ce délai court, à l'égard du mineur, du jour de sa majorité, et à l'égard de la femme, du jour de la dissolution du mariage. Cet article remplace, en ce qui concerne le mineur, ainsi que je l'ai dit, nº 44, l'art. 134 de l'ordonnance de 1539. Si le mineur ou la femme ont laissé écouler ces dix ans sans faire aucune réclamation, cette prescription met-elle celui envers lequel la première hypothèque a été contractée à l'abri de toute attaque? consolide-t-elle cette hypothèque, même malgré la seconde hypothèque contractée en majorité ou après la dissolution du mariage, sur les mêmes objets, et suivis d'une inscription comme l'aurait été la première?

Pour l'affirmative, on pourrait dire que, d'après l'opinion des anciens auteurs, cette prescription purifie le titre; qu'elle en fait disparaître tous les vices, et qu'elle le fait considérer comme ayant été fait en pleine capacité de la part de ceux qui l'ont souscrit; que cette opinion prend sa source dans la disposition de la loi dernière, au Code *si major factus alien. sinè decreto ratam habuerit*, qui y est en effet précise; que c'est ce qui a été jugé en thèse par un arrêt de la grand'chambre du parlement de Rouen, du 20 août 1689, rapporté par Basnage, *chap.* 3, *pag.* 22; que telle est aussi l'opinion de Soulage, *Traité des hypoth. pag.* 125 *et* 126; que cette jurisprudence est attestée comme certaine par M. Chabrol, *sur la Coutume d'Auverg.*, *tom* 2, *pag.* 160. On pourrait dire encore que la circonstance du second engagement, suivi même de l'inscription hypothécaire, ne saurait priver le premier créancier avec hypothèque du bénéfice du silence de la part du débiteur à son égard, puisque tout cela lui est étran-

ger; que la prescription n'est pas suspendue par l'inscription prise contre le débiteur, d'après l'art. 2180 du Code civil, et qu'à plus forte raison, il en est de même par rapport à celui en faveur duquel la première hypothèque a été consentie; que la prescription n'est arrêtée que par des poursuites exercées directement contre celui qui serait en droit d'en profiter.

Néanmoins, quelque fortes que ces raisons puissent paraître, je ne pense pas que cette opinion soit admissible sous notre législation actuelle. Il répugne aux vrais principes qu'on puisse attacher plus d'effet à une ratification tacite, qui résulte simplement d'une omission de réclamation, qu'on n'en attribuerait à une ratification expresse, laquelle ne pourrait jamais nuire à un tiers. Il est bien dit, dans l'art. 1338 du Code civil, que, pour que l'acte qui renfermerait quelque vice dans le principe ne puisse pas être attaqué, il faut la confirmation ou la ratification; et qu'à défaut d'actes de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée : mais il est ajouté, *sans préjudice néanmoins du droit des tiers*. Or, je ne vois pas que le silence, jusqu'à l'expiration de l'époque à laquelle l'acte ne peut plus être attaqué, puisse être regardé sous un autre point de vue que *l'exécution volontaire:* il ne peut donc avoir plus d'effet. D'ailleurs, d'après les principes de notre législation actuelle, l'hypothèque n'est plus un accessoire nécessaire de l'obligation, comme autrefois; son existence est soumise à des règles particulières. L'impignoration est plus particulièrement la cession d'un droit réel; elle touche de plus près à l'aliénation du fonds, et on ne peut jamais céder à quelqu'un, soit directement, soit indirectement, ce qu'on a déjà cédé à un autre; ce qui arriverait cependant si, après avoir cédé, dans un état de liberté et de capacité, un droit réel tel que l'hypothèque, on le cédait de nouveau, en ratifiant ou exécutant tacitement un premier acte constitutif du même droit, mais qui serait nul. Il est dans la nature de notre régime hypothécaire qu'il n'existe aucune incertitude sur le sort des hypothèques. Toutes les parties intéressées peuvent regarder comme non avenues toutes hypothèques qui, étant infectées de nullité, sont réprouvées par la loi; et une hypothèque étant une fois établie par celui qui a eu le pouvoir et la capacité de la consentir, cette hypothèque doit subsister dans toute sa force, indépendamment de tout consentement, soit exprès, soit tacite, qui tendrait à opérer un retour à une première hypothèque nulle dans le principe, et qui a dû être regardée comme n'ayant jamais existé, au moins par rapport au second créancier. J'ai remarqué que M. Battur avait embrassé cette opinion dans son Traité des hypothèques, *tom.* 1er, *pag.* 128 *et suiv.* J'ai trouvé ses raisonnemens si solides, que j'ai pensé que je devais d'autant plus persister dans la même opinion que je m'étais déjà formée, et que j'avais déjà écrite.

48. Mais il faut remarquer, pour bien entendre la prescription de dix ans, dont il est parlé dans l'art. 1304 du Code civil, que cet article n'est relatif qu'aux engagemens que le mineur et la femme mariée auraient pris personnellement, sans les autorisations ou sans les formalités nécessaires; car si l'engagement, respectivement au mineur, eût été pris par son tuteur seul, ou si celui relatif à la femme eût été pris, sans aucune participation de sa part, par le mari seul, alors ce ne serait plus le cas de la prescription de dix ans, mais bien celui de la prescription ordinaire de trente ans, qui courrait à l'égard du mineur, à compter de sa majorité, et, à l'égard de la femme, à compter du jour de la dissolution du mariage. M. Chabrol, sur la Coutume d'Auvergne, *tom.* 2, *pag.* 152, disait avec fondement, pour le cas dont il s'agit : « Certainement une vente nulle, comme faite *à non habente potestatem*, n'acquiert pas plus d'autorité après dix ans, que le premier jour : il n'y a que la prescription de trente ans utiles, qui puisse mettre l'acquéreur (ce qu'on peut dire du créancier) à couvert d'une si légitime recherche. » Il n'y a pas de

différence entre le cas dont il est question, et celui où un particulier aurait vendu ou obligé le bien d'un autre; celui-ci ne pourrait perdre ses droits que par la prescription trentenaire.

49. Je dirai un mot sur les engagemens qui seraient souscrits personnellement par des impubères, sans aucune autorisation, quoique les exemples en soient infiniment rares. J'ai toujours vu les grands jurisconsultes dans l'opinion que des actes faits par des impubères sont absolument nuls, et qu'ils doivent être considérés comme s'ils n'existaient pas. On ne peut y voir le germe d'un contrat qui puisse être corroboré par un silence de dix ans, à compter de la majorité. Quand les lois s'expliquent sur les actes faits par les mineurs, elles ont toujours entendu parler des pubères; la raison en est qu'approchant de l'âge dans lequel la raison se présume, on doit leur supposer quelque discernement. Cependant, pouvant être séduits par les passions, ou trompés par le défaut d'expérience, la loi vient à leur secours, en leur accordant le bénéfice de la restitution. Or, tout cela suppose un consentement, une obligation dont le sort est soumis à la volonté du mineur, qui doit la manifester dans un délai déterminé. Mais on ne peut voir un engagement civil, ni le germe d'un pareil engagement, dans ce que fait un impubère. On ne pourrait voir le principe d'un engagement, même naturel, dans celui qui contracterait dans le plus bas âge, qui, par exemple, pourrait à peine parler. Aussi aucune loi n'a marqué, dans le long intervalle de temps qui s'écoule jusqu'à la puberté, aucune époque où l'impubère pût avoir la faculté d'agir en justice ou devant des officiers publics. Les Romains ne rejetaient pas entièrement tout ce qu'aurait pu faire un impubère, même sans l'autorisation de son tuteur; mais il n'en résultait autre chose, si ce n'est qu'il pouvait faire sa condition bonne. On peut consulter là-dessus la loi 1re, ff. *de obligat. et acti*, § 13; la loi 1re, *De verb. obligat.*; la loi 6, *Rem pupilli vel, etc.*; la loi 5, *De div. reg. jur.*; et les Institutes de Justinien, *tit. de inutil. stipul.*, §§ 9 *et* 10. Godefroi, sur la loi 1re, *De verb. obl.*; Vinnius et Borcholten, sur ces §§ des Institutes, se sont imposé la tâche d'indiquer, d'après quelques lois romaines, l'époque à laquelle l'impubère aurait pu agir entre l'âge de sept ans et celui de la puberté; mais dans tout ce qu'ils ont dit, comme dans tout ce qu'on lit dans les lois à ce sujet, on ne peut voir, à proprement parler, qu'une absence de législation : on ne pourrait tout au plus apercevoir que quelques usages entièrement étrangers à nos mœurs et à nos lois. Ainsi, je pense qu'on doit tenir comme certain que celui qui se trouverait avoir contracté avec un impubère, n'aurait aucun droit de se prévaloir du silence de ce dernier, pendant dix ans à compter de sa majorité, et qu'il ne pourrait être à couvert de toutes recherches que par la prescription de trente années utiles.

50. On peut, suivant les positions dans lesquelles on se trouve, se faire consentir une obligation avec hypothèque par quelqu'un qui ferait ou qui se porterait fort pour le débiteur, ou qui s'obligerait même de rapporter la ratification de ce dernier, d'après l'art. 1120 du Code civil. Les Romains pratiquaient cet usage, d'après l'exemple qu'on en voit, notamment dans la loi 16, ff. *ratam rem haberi*, § 1er, *Si procurator cavisset (uti adsolet) ratam rem dominum habiturum*. Mais on sent combien serait frêle l'hypothèque qui serait consentie de cette manière. Il est sensible que cette hypothèque, ainsi que l'obligation, n'aurait aucune existence réelle, jusqu'à la ratification de celui pour lequel elle aurait été accordée; et si, avant cette ratification, celui-ci s'obligeait et hypothéquait le même fonds envers d'autres créanciers, il n'y aurait d'hypothèque utile que cette dernière, sauf la garantie contre celui qui aurait consenti la première, en se faisant fort pour le débiteur. Il ne peut même être question, dans ce cas particulier, de rétroactivité au premier acte; car alors, ainsi que le dit d'Héricourt, *chap.* 11, *sect.* 2, *n°* 8, la ratification ne peut passer que pour *une première*

obligation, les parties n'étant engagées en aucune manière avant l'acte auquel on a donné la qualité de ratification. On peut voir, sur le même sujet, Pothier, *Introd. au tit.* 20 *de la Cout. d'Orl.*, *chap.* 2, *sect.* 20, *n°* 24. En sorte que pour la solidité de l'hypothèque, il faut qu'elle soit donnée par le débiteur lui-même, ou par un fondé de pouvoirs, en vertu d'une procuration expresse.

Mais, par les raisons qui ont été exposées au n° 46, l'inscription qui aurait été prise sur le débiteur pour lequel un autre se serait fait fort, étant sans effet, comme l'hypothèque même, le créancier devrait prendre une nouvelle inscription, principalement en vertu du second titre, sauf à rappeler le premier.

51. Après m'être expliqué sur la nullité d'une hypothèque qui dériverait de ce que celui qui l'aurait consentie, ne serait point apte à contracter, c'est le cas d'exposer les priucipes relatifs à l'invalidité d'une hypothèque qui proviendrait de ce qu'elle aurait été établie sur un immeuble par celui qui n'en serait pas propriétaire.

On n'a jamais pu constituer une hypothèque sur le bien d'autrui, sans le consentement exprès du propriétaire. Cette impossibilité tient à ce principe élémentaire, qu'on ne peut pas transférer à un autre plus de droit qu'on n'en a soi-même. On a dit plus d'une fois, sous l'ancienne législation, qu'on pouvait vendre la chose d'autrui. Cette assertion n'était pas exactement vraie : la vente n'avait d'effet qu'en ce sens que le vendeur était obligé de procurer à l'acquéreur la propriété, ou de lui payer les dommages-intérêts résultans de l'inexécution de la vente. Mais, de ce qu'il ne pouvait transmettre la propriété, il en résultait qu'il ne pouvait y imprimer une hypothèque. L'hypothèque n'est pas la propriété proprement dite; mais elle était, comme elle est encore aujourd'hui, d'après l'art. 2114 du Code civil, un *droit réel* sur un immeuble affecté à l'acquittement d'une obligation. Les anciens jurisconsultes avaient rendu cette idée avec énergie. La glose sur la loi *Rem alienam* 41, ff. *de pignoratitiâ actione*, s'exprimait ainsi : *In pignore oportet ut jus constituatur in re*; et Balde, sur la loi *Si fine*, au Code *ad. S. C. Vell.*, a dit : *Jus reale non potest constitui in re alienâ, sed tantùm jus personale, quia res alienâ non obligatur.* Ce principe dérive enfin de la définition que j'ai donnée de l'hypothèque, n° 4; et l'on sent, en cette occasion, comme on s'en apercevra dans plusieurs autres, l'avantage d'une définition exacte.

Cependant, d'après l'ancienne législation, lorsque celui qui avait hypothéqué une chose qui ne lui appartenait pas, en devenait propriétaire dans la suite, alors l'hypothèque qu'il avait consentie avait tout son effet. C'est ce qui résultait de plusieurs lois romaines, et notamment de la loi *Rem alienam*, que je viens de citer, et de la loi 16, ff. *de pign. et hypot.*, § 7. Encore n'était-ce pas toujours que l'hypothèque frappait sur le fonds qui n'aurait pas appartenu à celui qui contractait, quoiqu'il en devînt ensuite propriétaire. La glose sur la loi 1re, ff. *de pign. et hypoth.*, explique les cas où cette extension ou communication d'hypothèque avait lieu, et que Balde, et d'après lui, Mornac, sur la loi 16 ci-dessus expriment par ces mots : *Tunc fit reconciliatio pignoris.* On trouve encore un détail savamment développé de ces mêmes cas dans Neguzantius, 3e *memb.* 8e *partis*, *n°* 4 *et suiv.*, *pag.* 834, *édit. de* 1683. Mais il serait aujourd'hui plus curieux qu'utile de faire connaître ces distinctions; il suffit de dire que deux motifs avaient fait admettre cette extension ou communication d'hypothèque : d'un côté, on supposait une convention tacite, d'après laquelle celui qui consentait l'hypothèque sur ce qui ne lui appartenait pas, était censé l'avoir ainsi voulu, dans l'idée qu'il en deviendrait ensuite propriétaire; d'un autre côté, on se fondait essentiellement sur l'effet et l'étendue qu'avait alors l'hypothèque dans sa généralité, au moins hors des pays de nantissement, puisqu'elle portait sur les biens à venir, comme sur les biens présens.

Mais, en venant à notre législation actuelle, il est incontestable qu'une hypo-

thèque sur la chose d'autrui serait absolument sans effet ; cela est d'autant plus vrai que, d'après l'art. 1599 du Code civil, la vente de la chose d'autrui *est nulle ;* que si elle donne lieu à des dommages-intérêts, c'est seulement lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. Il est également certain que l'on ne pourrait admettre dans notre législation, l'exception reçue par l'ancien droit. L'hypothèque spéciale, qui est celle que nous avons seulement en vue en ce moment, demeurerait sans effet, quand même celui qui l'aurait donnée sur l'objet qui ne lui appartenait pas, en deviendrait le maître ensuite. On ne pourrait faire cette exception sans se mettre en opposition avec la publicité de l'hypothèque, qui est le système dominant de notre législation. Sous cette législation il y a deux points essentiels qu'il ne faut jamais perdre de vue : l'un est la stabilité de l'hypothèque, l'autre est son efficacité. Sa stabilité, c'est la certitude de la propriété sur la tête de celui qui donne hypothèque, au moment où il la donne. Son efficacité, c'est sa publicité par l'inscription. On doit donc tenir fermement à la disposition de l'article 2129 du Code civil, d'après laquelle il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable, que celle qui porte avec spécialité sur des immeubles *actuellement appartenant au débiteur.*

Cet article n'a pu avoir d'autre objet que de faire disparaître toutes les inductions qu'on pourrait tirer des lois romaines, pour aider à faire revivre des hypothèques mal assises ou qui seraient absolument nulles ; ce qui donnerait lieu à une infinité de fraudes et de procès. C'est aussi par cette raison que j'ai cru devoir négliger les indications que m'auraient données les anciens docteurs, et surtout Neguzantius, qui ouvriraient le champ le plus vaste à des discussions aujourd'hui inutiles. Une inscription ne peut arrêter des tiers qui peuvent savoir que l'immeuble n'appartenait pas à celui qui l'a hypothéqué. Ainsi les hypothèques accordées par le vrai propriétaire, quoiqu'inscrites après celles qui auraient été consenties par celui qui n'aurait pas été propriétaire alors, auraient la préférence sur celles-ci, quand ce serait le même individu qui aurait consenti les dernières hypothèques, après être devenu propriétaire de l'objet hypothéqué. Il n'est donc pas étonnant que la Cour de cassation, par un arrêt du 12 juin 1807, ait annulé une inscription parce qu'elle était antérieure au contrat qui avait rendu le débiteur propriétaire de l'objet. Cet arrêt est rapporté dans le Recueil de Denevers, *an* 1807, pag. 345.

Cette décision doit avoir lieu, quelles que soient les causes qui fassent mettre, dans la suite, l'objet hypothéqué, au pouvoir de celui qui n'en aurait pas été propriétaire, lors de la constitution de l'hypothèque. Le principe doit être suivi, soit que ce dernier eût acheté postérieurement l'immeuble qu'il aurait hypothéqué avant d'en être propriétaire, soit qu'il l'eût eu comme héritier de celui à qui appartenait l'héritage qu'il aurait hypothéqué, soit encore qu'il lui fût revenu par l'effet d'un droit qui prendrait son fondement dans un acte ancien, par lequel il s'en serait dépouillé. Je citerai pour exemple le cas où celui qui aurait souscrit l'hypothèque sur un fonds qui ne lui appartenait pas alors, y serait rentré par l'effet de la révocation d'une donation, par survenance d'enfans, ou par l'effet du retour ou reversion d'un objet qu'il aurait aussi donné. Ce sont là des causes trop éloignées, trop incertaines pour qu'on leur attribue l'effet de faire considérer celui qui, avant ces évènemens, aurait donné hypothèque, comme étant propriétaire de l'immeuble. Si, après ces évènemens, le même particulier constituait de nouvelles hypothèques sur les mêmes immeubles, ces hypothèques seraient valables, et les premières sans effet. L'hypothèque n'est et ne peut être autre chose que l'établissement d'un droit réel, *jus in re ;* et, pour l'établir avec effet, il faut être nécessairement propriétaire de la chose à l'instant même.

Par une suite de ce qui vient d'être dit, un particulier qui aurait donné un immeuble à un de ses enfans, ne pourrait pas hy-

pothéquer, même quand la donation aurait la nature d'un don en avancement d'hoirie, et lors même qu'après la mort du père, cet immeuble serait rapporté à sa succession. La donation n'est pas moins pure et irrévocable sous tous les rapports ; et cette donation une fois faite, le donateur ne peut plus se dire propriétaire de l'immeuble. L'enfant donataire a la faculté de renoncer à la succession et de se retenir l'objet donné. Dans ce cas, il n'y a plus de retour de cet objet au donateur. Si, après la mort de celui-ci, le donataire rapporte l'objet donné à la succession, afin d'établir l'égalité du partage, ce rapport n'a lieu qu'à l'égard des héritiers; mais, par rapport aux créanciers du père, la donation est stable, et toute propriété à son égard s'est évanouie depuis la donation. De cela même il résulte que l'enfant donataire aurait pu valablement hypothéquer l'objet donné. C'est ce qu'établit très judicieusement Basnage, *des hypothèq.*, *chap.* 13, *pag.* 278, *édit. in*-12, contre un arrêt du parlement de Paris, qui avait jugé le contraire. D'Héricourt, *de la vente des immeubles*, *ch.* 10, *sect.* 2, n° 43, dit que ce sentiment est le plus conforme aux principes. Mais lorsque Basnage observe que les hypothèques que le fils avait contractées sur les biens qui lui avaient été donnés, ne seraient pas dissoutes, quoique le rapport se fît à la succession, cela doit s'entendre hors du cas où les héritiers auraient intérêt de demander la résolution de ces hypothèques. Ils ont en effet le droit de demander cette résolution, lorsqu'elles se trouveraient avoir été faites à leur préjudice. Cette résolution s'opère, en termes de droit, *ex antiquâ causâ*. Ceci rentre dans les principes relatifs à la matière des donations [1].

Cependant je suppose qu'un particulier possédât un immeuble publiquement, qu'il en fût regardé comme propriétaire, n'en jouissant en vertu d'aucun acte incompatible avec la propriété, tel qu'un bail de ferme, et qu'il l'hypothéquât, je pense que cette hypothèque serait valable, quand même il existerait un procès qui pût tendre à l'en évincer : dans ce cas, la possession doit faire supposer la propriété, surtout s'il y a des titres qui rendent cette propriété apparente; l'hypothèque est alors constituée de bonne foi, au moins en ce qui concerne le créancier; en sorte que, si celui qui a hypothéqué le fonds s'en assure dans la suite une propriété irrévocable, et s'il devient à l'abri de l'éviction, soit par un jugement, soit par un traité, l'hypothèque qu'il aura déjà constituée, conserve tout son effet. On peut tirer cette induction de ce que dit Basnage, *pag.* 46. Après avoir dit qu'il est de l'essence de l'hypothèque spéciale que le créancier prouve que la chose hypothéquée appartient au débiteur au temps du contrat, il ajoute : « Il suffit néanmoins, pour faire subsister la spéciale hypothèque sur un bien qui n'appartient pas au débiteur, qu'il ait quelque droit à la chose, *quia in eo jure consistit obligatio.* » Neguzantius, 2° *memb.* 2ₐ *partis* n° 6 *et* 7, avait enseigné la même doctrine. L'hypothèque spéciale, dont parlent ces auteurs, était celle qui était admise dans le droit romain; elle était bien différente de la nôtre, quant à la forme constitutive, et quant aux effets; mais les raisons de décider paroissent être les mêmes.

On doit sentir, d'après tout cela, combien il est de l'intérêt d'un créancier de veiller à ce que celui qui lui consent hypothèque, soit vraiment propriétaire de l'objet hypothéqué; et, surtout, combien il est important, si ce dernier n'était propriétaire qu'en vertu d'une vente sous seing privé, que cette vente soit enregistrée, pour qu'elle ait une date certaine.

[1] C'est toujours lorsque l'impression de ce § 3 était commencée, que j'ai seulement connu la 3e édition des Questions de droit de M. Merlin. J'ai remarqué dans ce qu'il a dit, au tome 3, au mot *Hypothèque*, § 4 *bis*, quelques opinions qui paraîtraient contraires, au moins sous certains rapports, à ce que je viens de dire sur la propriété que doit avoir de l'immeuble hypothéqué, celui qui donne hypothèque sur cet immeuble.

Mais je persiste dans les principes que je viens de developper, parce que je les crois conformes aux dispositions et au vœu de notre législation actuelle.

Sans cela, une hypothèque qui serait fournie devant notaire par l'ancien propriétaire, avant l'enregistrement, aurait la préférence, quoique postérieure, d'après le principe que les actes sous seing privé, qui n'ont pas de date certaine, ne peuvent nuire à des tiers. Pour faire mieux sentir encore la sagesse de la précaution que je viens d'indiquer, je remarquerai que la Cour royale de Colmar a jugé, par un arrêt du 11 mars 1817, rapporté par Denevers, *même année, pag.* 144, *au suppl.*, qu'une vente sous seing privé ne peut pas empêcher l'effet de l'hypothèque résultant d'un jugement rendu avant son enregistrement, quand cette vente aurait été rappelée dans un acte récognitif, passé devant notaire, postérieurement à l'inscription de l'hypothèque. Il a été décidé que, dans ce cas, il n'y a pas de commencement de preuve par écrit, suffisant pour autoriser l'admission de la preuve testimoniale, tendant à établir que la vente a réellement précédé le jugement.

On sent aussi, par analogie, qu'il est de l'intérêt de tout acquéreur que son acquisition soit constatée par un acte authentique, et non sous seing privé, à moins qu'il ne fût enregistré de suite. Sans cela, malgré une possession publique, l'immeuble qu'il aurait acquis pourrait être grevé d'hypothèques, avec effet, jusqu'à la passation de la vente par-devant notaire, ou jusqu'à l'enregistrement de cette vente, qui serait sous seing privé. Un arrêt de la Cour royale de Riom, du 3 janvier 1820, 1re *chambre*, rapporté dans le Journal des audiances de cette Cour, a bien jugé qu'un acquéreur par acte sous seing privé, ne pouvait être recherché, pour une hypothèque créée par le vendeur, avant l'enregistrement de cet acte; mais cette décision a été déterminée uniquement par des circonstances particulières. La mutation de propriété était établie par des actes administratifs qui remontaient à peu de temps après la vente, mais avant la création de l'hypothèque. Il n'était pas établi, par l'acte constitutif de l'hypothèque, que le débiteur possédât alors l'immeuble déjà vendu, parce que l'hypothèque portait en général sur tous les biens qu'il possédait dans une commune, ce qui parut suffisant pour qu'il y eût une spécialité d'hypothèque; mais il n'y avait pas une hypothèque taxative sur l'immeuble dont il s'agissait. Enfin, il était dit, dans la saisie immobilière de plusieurs immeubles, dans le nombre desquels était celui qui avait été vendu, et dont l'acquéreur demandait la distraction, que le même acquéreur possédait cet immeuble, sans néanmoins qu'il fût dit à quel titre. Il ne sera jamais sage de livrer la stabilité d'une acquisition au résultat de pareilles circonstances, dont la preuve peut souvent devenir difficile. Voyez ce que je dis sur le concours d'actes qui ont une date certaine, et de ceux qui n'ont pas cet avantage, *partie* 2e *chap.* 1er, *sect.* 2.

Il s'est élevé une question importante, qui est de savoir si la vente qui serait faite d'un immeuble par l'héritier apparent qui se serait approprié la succession de laquelle dépendrait cet immeuble, pourrait être attaquée par le véritable héritier qui paraîtrait, après un silence plus ou moins long, ou qui se serait simplement abstenu sans avoir fait aucune renonciation. On sent que si la vente, en pareil cas, était nulle, il devrait en être de même de l'hypothèque que cet héritier apparent imprimerait sur l'immeuble dont il serait en possession. On a vu au commencement de ce paragraphe, que la faculté d'hypothéquer est une conséquence de celle d'aliéner; en sorte que l'hypothèque devrait avoir le même sort que la vente. On ne peut pas plus hypothéquer ce qui est à autrui, qu'on ne peut l'aliéner.

J'avais dit, *Traité des donations, tom.* 1er, *pag.* 534, *n°* 306, que la peine du défaut de demande en délivrance du legs est bornée à la perte des fruits, à compter du décès du testateur, jusqu'à cette demande; que la propriété n'appartient pas moins au légataire, dès l'instant de ce décès; en sorte que si l'héritier vendait l'objet légué, avant comme après cette demande en délivrance, le légataire pourrait le revendiquer comme sa chose propre vendue par autrui. J'y avais développé

les motifs de cette opinion; je la regardais comme incontestable. Je considérais la faculté de vendre, dans ce cas, accordée à l'héritier, quelle que fût sa bonne foi et celle de l'acquéreur, comme un moyen trop facile et trop dangereux de porter atteinte au droit sacré de la propriété. J'invoquais sur cela les anciens principes; ils étaient consignés dans les lois romaines. Je disais qu'on les avait toujours suivis sous l'ancienne législation française, et que rien n'indiquait un changement à ce sujet dans la nouvelle.

Quelques années après, je remarquai un arrêt de la Cour de cassation, du 3 août 1813, qui, en rejetant un pourvoi contre un arrêt de la Cour royale de Caen, du 21 février 1814, avait décidé positivement que la vente faite par l'héritier apparent était valable, au préjudice du droit du véritable héritier, qui réclamait, contre l'acquéreur, l'objet vendu. Les motifs de l'arrêt sont que « l'arrêt dénoncé est fondé sur une ancienne jurisprudence *conforme au droit romain*, et soutenue par les motifs les plus puissans *d'ordre et d'intérêt public*; qu'elle se concilie avec les articles prétendus violés 549, 724 et 1599 du Code civil, qui n'ont statué qu'en principe et règle générale. » Je dois avouer que je fus infiniment étonné de cet arrêt. Il me fit douter si j'étais dans les vrais principes, lorsque j'avais émis, relativement à la vente de l'objet légué, qui aurait été faite par l'héritier, l'opinion que cette vente était nulle relativement au légataire dont les droits restaient toujours entiers. Je fis de vains efforts pour me fixer sur des principes sur lesquels l'arrêt pût être fondé, même sous le rapport du droit romain, qui était vaguement indiqué.

M. Toullier, dans son *Droit civil français*, s'est élevé avec force contre cette décision de la Cour de cassation. M. Merlin, dans sa nouvelle édition des *Questions de droit*, qui est la troisième, au mot *Héritier*, § 3, a combattu avec force l'opinion de M. Touillier : celui-ci a réfuté l'opinion de M. Merlin, dans une dissertation particulière qui est à la fin du *tom.* 9 *du Droit civil*. Il s'est élevé entre ces deux profonds jurisconsultes une lutte dans laquelle ils se distinguent autant par l'érudition que par la politesse. On doit nécessairement se prononcer pour l'un ou l'autre de leurs avis; car je ne vois point de milieu. On peut dire que, sur un procès aussi bien instruit, il n'est pas difficile de se former une opinion.

Il serait parfaitement inutile que j'entreprisse de réfuter M. Merlin; je ne dois pas refaire ce que M. Toullier a si bien fait. Il n'y avait qu'un chemin pour aller droit au but, et il l'a suivi d'un pas ferme et vigoureux. La force de la vérité, que M. Merlin recherchait aussi, a obtenu de la rectitude de son jugement des concessions que ni la fécondité de son imagination, ni les ressources de son esprit n'ont pu détruire; ce qu'il présentait comme principes positifs tirés du droit romain s'est réduit à des obscurités, à des incertitudes dans lesquelles il est impossible de retrouver les caractères d'une législation.

Mais l'opinion de M. Merlin ne pouvait pas plus se soutenir dans les principes du droit français que dans ceux du droit romain. Le passage qu'il cite du célèbre Cochin, tiré d'un mémoire qu'on voit dans ses œuvres, *tom.* 4, *pag.* 326, ne concerne que ce qui regarde l'administration, et l'effet des jugemens qui auraient été rendus avec l'héritier apparent, dans l'ignorance où l'on pouvait être de l'existence du véritable héritier. « Il est donc de principe constant, conclut Cochin, que *ce qui est jugé* avec le seul héritier apparent est également *décidé* contre tous les autres. » Or, ces idées n'étaient pas nouvelles lors de Cochin : on les trouve dans les auteurs qui l'on précédé. Sous ce rapport, ainsi que sous celui de la restitution des fruits de la part de l'héritier apparent au véritable héritier, on a toujours eu des ménagemens pour le premier. C'est ce que disait Lebrun, Traité des successions, *liv.* 2, *chap.* 7, *sect.* 1re, n° 18, *et liv.* 3, *chap.* 4, n° 57, où il s'explique plus particulièrement sur les actes de simple administration et sur les transactions utiles. C'est ce qu'on voit encore dans Domat, *Lois civ.*, *liv.* 3, *tit.* 5, *sect.* 2, *n°* 9, *à la note*. « Si celui qui se serait

trouvé seul à recueillir une succession dont il ne paraissait point d'autres héritiers, en ayant joui pendant plusieurs années, il survenait un autre héritier en même degré, mais de qui la paranté était auparavant inconnue, et que cet héritier, qui aurait joui de la succession pendant ce longtemps, ne pût rendre les fruits de la portion de son cohéritier sans être ruiné, ou beaucoup incommodé, il serait de l'équité de modérer cette restitution par quelque tempérament, selon les circonstances. » Mais Cochin, Lebrun et Domat ont-ils dit que la vente faite par l'héritier apparent fût valable et pût dépouiller le véritable héritier qui réclamerait ensuite ? Cochin n'en dit rien ; le contraire s'induit du passage de Domat ; et Lebrun, dans le dernier des passages ci-dessus cités, donne en maxime que la vente serait nulle. « Enfin, y dit-il, l'on peut soutenir qu'un héritier bénéficiaire est exclu par un héritier pur et simple (matière dont il ne s'agit pas ici), en quelque façon, comme un héritier plus éloigné qui serait mis en possession, et qui serait exclu depuis par le plus proche héritier. Or, il est certain que cet héritier plus éloigné *n'aurait pas pu aliéner, pendant sa jouissance*, au préjudice du plus proche héritier. » Lebrun, au même lieu, applique les mêmes principes au legs; il enseigne que l'héritier chargé de le rendre ne peut ni l'aliéner ni *l'hypothéquer* : il se fonde sur la loi *Si duobus*, au Cod. *comm. de legat.* Tout cela résulte de ces deux maximes du droit romain, dont la vérité et la justice se font sentir sans aucun effort d'esprit. *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet. Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Pour soutenir l'opinion de M. Merlin, il aurait fallu pouvoir assimiler l'héritier qui garde le silence, qui paraît simplement s'abstenir de l'hérédité, à celui qui y renonce expressément. C'est aussi ce qu'il avait fait dans le principe; mais, dans sa réfutation, il se donne le mérite de rétracter cette opinion, ou au moins d'y apposer des modifications dont l'examen devient ici inutile, d'après ce qui a été dit par M. Toullier.

Je ne dois pas dissimuler que quelques autres auteurs, plus modernes, ont discuté la question relative à la validité ou invalidité de la vente. Mais que peuvent quelques opinions particulières, que peuvent encore quelques anciens arrêts isolés sur lesquels des circonstances particulières paraissent avoir influé, contre ces deux grands principes, l'un que le droit de propriété est sacré, l'autre que nul ne peut être privé de ce qui lui appartient que par sa volonté ou par une disposition expresse de la loi? D'ailleurs toutes les opinions, toutes les incertitudes doivent être soumises aux dispositions du Code civil. Or, peut-on en voir de plus précises sur la question, que celles des articles 136, 137, 138, 1599 et 2182, qui ont été parfaitement développées par M. Toullier?

Je dois remarquer qu'en ce qui concerne la vente qui serait faite par l'héritier, de l'objet légué, ce dont M. Toullier n'a pas eu à s'occuper, M. Merlin, dans sa réfutation, convient que cette vente serait nulle. Je n'examine point ici les raisons de la différence qu'il fait entre ce cas et celui de la vente qui serait faite par l'héritier apparent, des immeubles de la succession, au préjudice de l'héritier légitime : on pourra apprécier ces raisons en lisant la réponse de M. Toullier. Mais, d'après l'aveu bien positif de M. Merlin, sur la nullité de la vente du legs, je vois renforcer l'opinion que j'avais émise, de celle d'un jurisconsulte aussi consommé que M. Merlin.

Il est, sans doute, pénible de s'élever contre une décision d'une Cour aussi imposante par son amour pour la justice et par ses lumières, que la Cour de cassation. Quels sont les magistrats et les jurisconsultes qui ignorent tout le bien que la société reçoit de la sagesse de ses arrêts? Mais risque-t-on de la contrarier en lui soumettant des observations? Cette idée serait contraire au respect qu'elle mérite à tant de titres. Il s'agit ici du droit de propriété, et peut-on être blâmé de manifester la crainte qu'on ne s'accoutume à faire dépendre un droit aussi sacré

de la bonne ou de la mauvaise foi qu'on pourra, ou non, reconnaître, soit dans un vendeur, soit dans un acquéreur? Qu'il me soit permis de rappeler l'une des plus belles maximes qu'on puisse trouver dans le droit romain : *Melius est intacta jura servari, quàm post causam vulneratam, remedium quærere.* L. dernière, au Code *in quibus caus. in integr. restitut. necessaria non est.*

Je crois donc pouvoir dire, en attendant qu'une jurisprudence devienne certaine sur cette importante question, qu'une hypothèque qui serait imprimée sur l'immeuble d'une succession par l'héritier apparent, serait nulle, respectivement au véritable héritier qui réclamerait dans la suite sa propriété; qu'il en serait de même de l'hypothèque qui aurait été imposée par l'héritier, sur un immeuble qui aurait été légué.

De là il se tire la conséquence qu'il n'y aurait d'hypothèques régulièrement consenties que celles qui l'auraient été par l'héritier légitime ou par le légataire, même quand elles seraient postérieures. Il en résulte encore que s'il pouvait arriver que l'héritier apparent qui aurait hypothéqué ce qui appartenait à l'héritier véritable, ou que l'héritier eût hypothéqué ce qui appartenait au légataire, ce qui ne pourrait être qu'autant que ces héritiers seraient devenus réellement propriétaires, venaient ratifier les premières hypothèques qui émaneraient d'eux, ces ratifications ne pourraient nuire aux hypothèques, soit spéciales, soit judiciaires, soit légales, qui auparavant auraient frappé l'immeuble sur la tête de l'héritier légitime, ou du légataire. La nullité de ces ratifications, par rapport aux tiers, dériverait du principe que j'établis dans le présent paragraphe, que la ratification n'a jamais d'effet rétroactif, au préjudice des hypothèques acquises intermédiairement[1].

52. Ce qui vient d'être dit sur la propriété que doit avoir celui qui hypothèque n'a trait qu'à l'hypothèque spéciale. Quant à l'hypothèque générale, qui porte sur les biens présens et à venir, cette hypothèque diffère trop, par sa nature et par ses effets, de l'hypothèque spéciale, pour ne pas être soumise à d'autres principes. Dans le droit français, et d'après les lois romaines, l'hypothèque frappait de droit non seulement les biens présens, mais encore les biens à venir; et, pour que l'hypothèque ne portât que sur les biens présens, ou sur certains biens, il fallait une stipulation précise, ainsi que le dit Domat, *Lois civiles, liv.* **3**, *tit.* **1**^er^, *sect.* **1**^re^, *n°* **6**.

Mais, dans le cas de l'hypothèque générale sans restriction, la manière dont les biens à venir devaient être frappés d'hypothèque avait donné lieu à une difficulté. L'hypothèque prenait-elle rang et effet du jour du contrat, ou seulement du jour où chacun de ces biens était entré dans le domaine du débiteur? Coquille, sur la Coutume de Nivernais, *ch.* **7**, *art.* **10**, convenait que l'opinion *commune et vulgaire* était que le plus ancien créancier était préféré à ceux qui étaient postérieurs en hypothèque; mais il disait qu'il ne pouvait adhérer à cette opinion, et il pensait que tous les créanciers hypothécaires devaient venir en concurrence sur chaque objet acquis au débiteur, du moment

---

[1] Ce que je viens de dire, relativement à la vente qui seroit faite par l'héritier apparent, ou par l'héritier véritable, de l'immeuble légué, est la seule intercalation que j'aie pu faire dans mon travail, d'après la connaissance que j'ai eue de la 3e édition des *Questions de droit*, de M. Merlin. Sur le reste, je m'explique par notes.

Je dois dire ici que dans le cours de ce Traité, fait avant la connaissance de cette 3e édition, j'ai cité, quand il y a eu lieu, non seulement la 1re édition, mais encore la seconde qui contenoit, sur quelques points, des modifications, respectivement à ce qui avait été dit dans la première. Et quant aux arrêts que j'ai dû citer depuis la 2e édition, et que M. Merlin rapporte aussi, je les ai pris dans les seules sources qui étaient alors connues, et notamment dans les recueils de Sirey et de Denevers. Je ne changerai point mes citations. L'objet essentiel est que les choses soient connues, et que les sources où l'on a pris les citations puissent être vérifiées. Cette 3e édition contient encore des arrêts sur des questions transitoires et intermédiaires. J'avais cru devoir les négliger, au moins en partie; j'en fais l'observation au lieu où il était convenable de la faire, parceque ces questions disparaissent journellement, et qu'il est à croire que, dans quelques années, on n'aura plus à s'en occuper. Je me renferme essentiellement dans ce qui concerne le Code civil.

où cela arrivait, et au marc le franc des créances. Il motivait son avis sur de fortes raisons, et on devait s'y attendre de la part d'un auteur aussi savant que judicieux. Pour une plus grande intelligence de la matière, et parce qu'encore son opinion confirme les principes que je viens d'exposer sur la nécessité d'être propriétaire de ce qu'on hypothèque spécialement, et que, de plus, elle tend à affermir dans les principes sur certaines autres questions, je crois qu'il n'est pas inutile de rapporter ses expressions. « La règle de droit, dit-il, est que nul ne peut hypothéquer, sinon ce qui est sien, au temps de la constitution de l'hypothèque. L. *Antè omnia*, ff. *de probat.* Vrai est que celui qui oblige et hypothèque ses biens est censé obliger ses biens présens et à venir ; mais l'hypothèque de ses biens à venir ne commence à naître sur les biens après acquis, sinon au même instant et moment que le débiteur commence à être propriétaire d'iceux biens. Lors de cette naissance et création d'hypothèque, tous les créanciers se trouvent en concurrence aussi prests l'un que l'autre, par le ministère de la loi, pour acquérir cette hypothèque, n'étant lors requis aucun nouvel consentement du débiteur. La concurrence d'eux tous, qui sont aussi diligens l'un que l'autre, fait qu'en cette concurrence, s'empêchant l'un l'autre, ils doivent faire part l'un à l'autre, non par vériles portions, mais chacun *pro ratâ* de sa debte. »

Coquille fondait son opinion sur une foule d'inductions tirées des lois romaines et sur plusieurs raisonnemens qui pouvaient paraître concluans ; il est cependant vrai que l'application qu'il faisait des lois romaines était équivoque et même forcée. Néanmoins ses raisonnemens ne laissaient pas d'être imposans. Mais on était trop accoutumé à l'impression de l'hypothèque sur les biens à venir, en même temps que sur les biens présens ; et cette faculté d'hypothéquer par anticipation, des biens qui pourraient appartenir un jour au débiteur, était trop commode pour qu'on s'en départît. C'était même cette commodité qui, chez les Romains, fit introduire, par le simple pacte, l'hypothèque générale sur les biens présens et à venir, ce qui produisit un relâchement sous le rapport des règles sévères de leur ancien droit, comme je l'ai expliqué dans le Discours préliminaire.

Les auteurs, et particulièrement Basnage, *des hypothèques*, *ch.* 5 ; et d'Héricourt, *de la vente des immeubles*, *ch.* 11, *sect.* 2, *n°* 13, ont combattu l'opinion de Coquille, et l'on voit suivre après, comme auparavant, cet ancien principe qui a encore lieu de nos jours, lorsqu'il s'agit des cas où l'hypothèque générale est conservée, qu'en quelque temps que le débiteur devienne propriétaire de la chose, la préférence en est acquise au plus ancien créancier. Pothier, *Introd. au tit.* 20 *de la Cout. d'Orléans*, *ch.* 2, *n^os* 22 *et suiv.*, développe ce principe avec autant de clarté que de simplicité. « De ce que, dit-il, l'hypothèque que nous accordons, dans nos biens à venir, ne naît qu'au même instant que nous les acquérons, et que nous en devenons propriétaires (d'après le principe qu'il avait déjà posé, que l'hypothèque étant un droit dans la chose, il n'y a que le propriétaire, ou la loi pour lui, qui puisse l'hypothéquer), il n'en faut pas conclure que si j'ai hypothéqué, en différens temps, à différens créanciers, mes biens à venir, avant que j'eusse acquis un certain héritage, les hypothèques de ces créanciers doivent concourir. Il est vrai, ajoute Pothier, qu'elles naissent en même temps ; mais le premier avec qui je suis convenu de lui hypothéquer mes biens à venir, n'en doit pas moins être préféré au second, et le second au troisième, etc. ; car je me suis, par cette convention, interdit *le pouvoir d'hypothéquer à d'autres mes biens à venir, au préjudice de l'hypothèque que je lui accordais* : d'où il suit que l'hypothèque du second n'a pu être que de ce qui resterait après la sienne acquittée. »

Cependant il est toujours vrai que, pour toute hypothèque quelconque, il faut que le débiteur ait été propriétaire de l'objet sur lequel l'hypothèque a dû être exercée, avec cette différence essentielle que, pour

l'hypothèque spéciale, la propriété doit résider sur la tête du débiteur, au moment où elle est constituée; au lieu que, pour l'hypothèque générale, qui peut ne pas exister même sur des biens présens, puisqu'il peut ne pas y en avoir, mais seulement sur des biens à venir, il suffit qu'après que l'hypothèque générale a pris naissance, le débiteur devienne propriétaire d'un ou plusieurs fonds. Dès l'instant qu'ils entrent dans son domaine, ils subissent le joug de l'hypothèque, et ils y restent soumis, même quand le débiteur les aliénerait : ils peuvent toujours être suivis en quelques mains qu'ils passent. Il faut encore revenir, dans ce cas, au même principe que j'ai déjà posé, relativement à l'hypothèque spéciale, qui est que le possesseur d'une chose en étant réputé le propriétaire, tant que le contraire ne paraît pas, il suffit que l'on prouve qu'un héritage a été possédé par le débiteur grevé de l'hypothèque générale, depuis que cette hypothèque a existé, pour pouvoir en conclure qu'il a pu l'hypothéquer, et qu'il l'a effectivement hypothéqué, à moins qu'on ne justifie qu'il ne lui appartenait pas. Quoique tout cela soit élémentaire, il devient indispensable de remonter à ces élémens pour bien entendre notre législation actuelle.

53. Mais on peut, sous d'autres points de vue, constituer une hypothèque avec effet sur des immeubles, quoiqu'on n'en soit pas propriétaire d'une manière incommutable. Une propriété peut être soumise à des conditions résolutoires, mais incertaines, qui, s'accomplissant, pourraient la révoquer. Cependant, il ne serait pas raisonnable de la mettre, pour ainsi dire, hors du commerce, par l'interdiction de la faculté de l'hypothéquer. L'effet de l'hypothèque se détermine par celui du droit qui opère la révocation ou la modification de la propriété. On peut citer pour exemple le cas où un particulier affecterait hypothécairement un immeuble qu'il aurait acquis sous faculté de rachat, ou sous une autre condition suspensive ou résolutoire. Suivant l'art. 2125, l'hypothèque serait résoluble et suivrait le sort de la propriété, mais l'hypothèque n'existerait pas moins. Je m'explique plus particulièrement, à ce sujet, dans le § 1er de la section III du présent chapitre.

54. Je terminerai ce paragraphe par quelques explications sur des cas particuliers qui rentrent dans les questions relatives aux personnes qui peuvent s'obliger ou non.

Une femme mariée peut être dans l'incapacité absolue de s'obliger et d'hypothéquer ses biens; il ne peut en être de même d'un mineur. Pour remédier à cette incapacité, et donner un effet stable à l'engagement, un majeur, maître de disposer de ses biens, s'oblige solidairement avec un mineur. Un mari majeur peut s'obliger solidairement avec sa femme. On voit journellement des maris s'obliger, tant en leur nom propre et privé qu'en qualité de maris, ou conjointement et solidairement avec leurs femmes, même sous le régime dotal. Il y a des cas, ainsi que je le dirai dans le n° suivant, où un majeur, autre que le mari, peut cautionner une femme mariée. Le mari, ou tout autre, qui s'oblige solidairement avec la femme, ou celui qui s'oblige de même avec un mineur, contractent l'engagement d'une caution, et suivant l'objet et le but de cette solidarité, ils renoncent au bénéfice de division ou de discussion. Il peut s'élever la question de savoir si l'on peut hypothéquer, pour la garantie de l'engagement, les immeubles de la femme mariée ou ceux du mineur; ou si, pour cette garantie, il ne peut y avoir d'hypothèque constituée avec effet, que sur les seuls biens du majeur qui entre solidairement dans l'obligation.

Il est indubitable que l'hypothèque porterait inutilement sur les immeubles de la femme mariée ou du mineur. Tels étaient les anciens principes, et on ne saurait établir une raison de se décider différemment sur ce qu'il s'agirait d'une hypothèque spéciale avec affectation sur des biens appartenant à la femme mariée ou au mineur, et qu'on dirait que le majeur qui s'obligerait solidairement doit garantir la validité de cette hypothèque.

Il faut ici rappeler le principe que j'ai déjà expliqué, qu'on ne peut hypothéquer le bien d'autrui. Le majeur n'aurait donc pu hypothéquer le bien de la femme mariée ou du mineur : ceux-ci ne l'auraient pas pu hypothéquer davantage, à raison de leur incapacité.

Sans doute, le majeur qui s'oblige solidairement, ou celui qui se rend simplement caution, car je ne fais aucune différence entre ces deux cas, est bien garant, envers celui en faveur duquel l'engagement aurait été contracté, de l'effet de l'hypothèque qu'on aurait fait porter sur les biens de la femme mariée ou du mineur; mais on sent la différence énorme qui existe, par rapport aux tiers, entre une hypothèque régulière et valablement assise sur un immeuble par le vrai propriétaire qui aurait capacité d'hypothéquer, et une hypothèque qui serait imprimée seulement par celui qui ne serait pas propriétaire, en conséquence d'une garantie à laquelle il s'obligerait, à raison de l'incapacité du propriétaire.

Ainsi, à supposer que la femme mariée ou le mineur, ayant recouvré leur capacité de s'obliger, hypothéquassent les mêmes immeubles à des personnes autres que le particulier en faveur duquel l'engagement dont j'ai parlé aurait déjà été contracté, les dernières hypothèques auraient, sans contredit, leur effet au préjudice de la première. On sent cependant que si, avant ces dernières hypothèques, la première avait été ratifiée valablement par les principaux obligés qui auraient recouvré la faculté de s'obliger et d'hypothéquer, cette ratification aurait réparé le vice de la première hypothèque; mais aussi, faudrait-il que l'inscription fût prise, tant en vertu du premier titre qu'en vertu de la ratification, et l'hypothèque ne prendrait rang que du jour de cette inscription. Je renvoie à ce que j'ai dit là-dessus, au nº 46. On voit donc que, dans le cas dont il est question, il ne peut y avoir d'hypothèque sûre que celle qui serait imposée par celui qui se serait obligé solidairement, ou qui se serait rendu caution, sur ses propres immeubles.

55. Il s'est élevé, dans tous les temps, des difficultés considérables sur la question de savoir dans quels cas les exceptions que le principal obligé pouvait opposer contre l'engagement, devaient ou non profiter à la caution. On sent, dès lors, que le sort des hypothèques données pour la sûreté des cautionnemens, était subordonné au sort des engagemens des principaux obligés. On est convaincu de toutes ces difficultés, d'après ce que dit d'Argentré, sur l'article 464 de la Coutume de Bretagne; et Basnage, *des hypothèques*, *2e part., chap. 4, pag. 510, édit. in-12.* Tout ce qu'ils disent se réduit à peu près à une critique bien fondée sur les antinomies que présentent une foule de lois romaines à ce sujet, et à une connaissance des embarras qu'on éprouvait lorsqu'on voulait parvenir à des solutions précises, selon les différens cas. On trouvait plusieurs principes généraux dont le résultat était que le cautionnement ne pouvait être valablement apposé à une obligation qui était nulle en elle-même; que la nullité de l'engagement principal entraînait la nullité du cautionnement. *Cùm causa principalis non consistit, ne eæ quidem quæ sequuntur locum habent.* L. 178, ff. *de regul. jur. Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicetur.* L. 16, § 3, ff. *de fidej.* Mais comme ces principes, pris dans toute leur latitude, auraient présenté de graves inconvéniens, en ce qu'ils auraient emporté la suppression d'une infinité de transactions utiles dans la société, on a été forcé de distinguer les espèces de nullités. Certaines ont dû entraîner l'anéantissement du cautionnement, comme celui de l'obligation principale; à l'égard de certaines autres, on n'a pas dû leur donner le même effet. Or, les nullités variant à l'infini dans leurs espèces, il s'est présenté de grandes difficultés dans les distinctions qu'on a été obligé d'en faire, et cette recherche étant très délicate, il s'y est naturellement mêlé beaucoup de subtilités. Au défaut de signes caractéristiques de chaque nullité, il a fallu remonter à leur nature et à leur origine pour les

classer, ce qui a ouvert un vaste champ aux raisonnemens, aux interprétations, et par conséquent à la diversité des opinions.

Nous avons, dans notre Code civil, un article infiniment important, dont l'objet a été de servir de guide en cette matière; il renferme avec précision un principe fécond en conséquences : mais il s'agit de les déduire avec exactitude. Je veux parler de l'article 2012, ainsi conçu : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ; on peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé : par exemple, dans le cas de la minorité. » Nous devons rechercher avec soin le sens de cet article, et tâcher de ne pas nous tromper sur son application aux différentes nullités que l'obligation principale pourrait renfermer. Pour procéder méthodiquement, il faut distinguer les obligations des mineurs de celles des femmes mariées, et nous commencerons par les premières.

La loi a en vue une obligation *valable;* elle a voulu n'admettre la validité du cautionnement, qu'autant qu'il serait contracté à l'appui d'une pareille obligation. Néanmoins elle ne veut pas prononcer indéfiniment l'invalidité du cautionnement; elle lui donne son effet, si l'obligation ne peut être annulée que par suite d'une exception purement personnelle à l'obligé. Que conclure de ce rapprochement d'idées? C'est que le législateur a supposé deux sortes de nullités, l'une *absolue*, l'autre *relative*. La nullité relative paraîtrait d'abord ne concerner que le mineur, sous le rapport de l'incapacité personnelle dont il est frappé comme mineur; mais on tomberait dans des erreurs graves si on considérait ainsi l'art. 2012. Il y a des nullités absolues, des obligations non valables, pour le mineur comme pour toutes autres personnes, en faisant abstraction de sa qualité de mineur; et si c'est seulement lorsque l'obligation ne peut être annulée qu'à raison de cette qualité dans laquelle s'épuise une exception personnelle, que le cautionnement subsiste dans tous ses effets, il n'est pas moins vrai que si le mineur cautionné peut opposer une nullité qui soit indépendante de sa qualité de mineur, cette nullité profitera à la caution.

En partant de là, il faut, rechercher les causes des nullités par lesquelles l'obligation principale peut être attaquée; ainsi, si l'obligation principale est infectée de dol, de fraude, d'erreur, s'il y a lésion, si elle est l'effet de la violence, il n'y a plus d'engagement, et par conséquent plus de cautionnement valable. En disant *lésion*, j'entends une lésion qui, de sa nature, donnerait lieu à une rescision, tant à l'égard d'un majeur que d'un mineur. Je citerai pour exemple la lésion qui, en matière de vente, est un taux qui donne lieu à la rescision. Il est constant, quoique j'aie vu contester ce point de droit, que, sous la jurisprudence ancienne, le bénéfice de cette rescision, profitait à la caution, comme au mineur cautionné; et rien, dans notre législation, ne conduit à un changement à cet égard. Toutes ces circonstances vicient l'obligation dans sa substance ; le cautionnement disparaît avec elle, comme l'ombre disparaît avec le corps, pour me servir des termes de d'Argentré, sur l'art. 464 de la Coutume de Bretagne : *Cùm fide jussoria obligatio sit veluti umbra in corpore.* Il en serait de même, si la nullité de l'obligation tenait à un vice résultant de ce que ce qui ferait l'objet de la convention ne serait point dans le commerce, de ce que cette convention serait contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. C'est ce qui est ainsi rendu, d'après les lois romaines mêmes, par le jurisconsulte aussi savant que judicieux que je viens de citer : *Cùm lex contractum fieri vetat, dispositione prohibitoriâ à rebus sumptâ, aut quia res in commercio non sit, aut inhonesta sit causa, aut prohibitio habens publicam causam, toties quia obligatio principalis nulla sit, nec fidejussoriam posse subsistere.........*

Mais si l'obligation ne peut être attaquée que par un moyen qui soit uniquement inhérent à la personne du mineur

qui s'oblige, relativement à son incapacité comme tel; si, comme dit l'article 2012, l'obligation ne peut être annulée que par *une exception purement personnelle* au mineur qui est cité pour exemple, alors le cautionnement ne laisse pas de subsister. La caution devient garante de cette exception, si elle était opposée, et la validité de l'hypothèque à laquelle elle aurait consenti serait certaine. C'est seulement à raison de cette exception que le créancier a pris une caution, et celle-ci est toujours présumée s'être obligée pour en mettre le créancier à couvert; elle a voulu que l'acte valût, comme s'il eût été fait avec un majeur. Sous ce point de vue, l'ancienne législation présentait peu de difficultés : telle était la disposition des lois romaines.. Aussi Basnage, *loco citato*, dit, d'après les mêmes lois, que les jurisconsultes romains enseignent que *les exceptions pures et personnelles* (*quæ personæ cohærent*) ne s'étendent point aux fidéjusseurs.

Venons à ce qui concerne la caution de la femme. Il faut se régler, à ce sujet, par d'autres principes. Le point essentiel est de savoir de quel genre est la nullité de l'obligation que contracterait la femme en puissance de mari, sans l'autorisation et le consentement de celui-ci, sous une caution. Est-on fondé, ou non, à dire que cette obligation n'est pas une obligation *valable*, dans la force du mot, et tel que l'a entendu l'article 2012? Or, il y a tout lieu de se décider pour l'opinion qu'il s'agit là d'une obligation qui n'est pas *valable*, et que dès lors le cautionnement ne peut exister. Il paraît évident qu'il faut entendre ces expressions, *que sur une obligation valable*, dans un sens bien différent de celles qui se rapportent ensuite à une obligation qui pourrait être annulée, seulement par une exception personnelle, pour laquelle le mineur est indiqué comme sujet d'application hypothétique. Il ne peut être question, dans ces dernières expressions, que d'une nullité dont la cause se rattacherait à la seule qualité de mineur.

Cette question a, sans doute, été embarrassante autrefois, puisqu'elle a divisé deux grands jurisconsultes, Basnage et Pothier. Le premier, *partie 2*, *chap. 2*, *et encore ailleurs*, soutient avec force la validité du cautionnement, à l'égard des femmes mariées; et il se fonde sur ce que telle était la jurisprudence du parlement de Dijon et de celui de la Normandie. Pothier contredit ouvertement cette opinion, *Traité des obligat.*, nº 395. Il ne veut point voir d'obligation proprement dite, dans l'engagement d'une femme non autorisée par son mari; ou au moins, dans sa pensée, elle est infectée d'une nullité tellement radicale, qu'il la considère comme n'existant pas; en sorte que, le sujet manquant, le cautionnement, qui n'est qu'un accessoire, s'évanouit. Selon notre droit coutumier, disait-il, l'obligation de la femme qui a contracté sans être autorisée, quoiqu'elle puisse être valable dans le for de la conscience, est nulle, même *ipso jure*, dans le for extérieur, puisque les Coutumes la déclarent absolument inhabile à contracter et incapable de s'obliger. Il rappelle les expressions absolument prohibitives de la Coutume de Paris, art. 234, *femme mariée ne se peut obliger*, *etc.*; et de celle d'Orléans, art. 194, *ne peut aucunement contracter*. Je rapporte ses motifs essentiels, et, pour abréger, je renvoie aux autres.

Il me paraît impossible de ne pas adopter les principes enseignés par Pothier; ils sont ceux de l'ancienne législation; ils sont encore ceux de la nouvelle. Tous nos bons auteurs français, à l'exception d'un très petit nombre, ont professé cette doctrine, que l'obligation de la femme, sans l'autorisation du mari, était radicalement nulle; qu'il y avait cette différence, entre cette obligation et celle du mineur que l'obligation de ce dernier était plutôt rescindable, *aut annullanda*, que nulle. Ils ont cependant excepté de cette dernière règle les cas, ainsi que je l'ai déjà dit, où l'obligation du mineur aurait été infectée d'un vice qui l'aurait annulée radicalement, même quand elle aurait été contractée par un majeur. C'est aussi par cette raison qu'ils disaient que la

nullité de l'obligation de la femme pourrait être demandée pendant trente ans, à compter de la dissolution du mariage; tandis qu'en général, celle de l'obligation du mineur devait l'être dans les dix ans à compter de sa majorité. A la vérité toutes ces prescriptions sont réduites à dix ans par l'art. 1304 du Code civil; mais la restriction du délai ne touche point à la nature de la nullité. Cette nullité est la même, quoique la demande doive en être faite dans un délai moindre, pour ne pas laisser les propriétés incertaines pendant trop long-temps.

Les principes sur le genre de nullité des obligations des femmes non autorisées par leurs maris, sont développés avec force par d'Argentré, sur l'article 464 de la Coutume de Bretagne. Il en soutient la nullité absolue; il se fonde sur les termes prohibitifs des Coutumes, comme le fait Pothier; il en tire la conséquence de la nullité du cautionnement. Les mêmes principes sont professés par d'Héricourt, *de la vente des immeubl., chap. 11, sect. 2, n° 2*; et il termine en disant que *l'obligation de la femme, qui est nulle, n'oblige point la caution.*

On déduit les mêmes principes du Code civil, sur la nullité de l'obligation des femmes mariées, sans l'autorisation de leurs maris. Ses dispositions sont conçues en termes prohibitifs, et l'on peut s'en expliquer, comme le faisait d'Argentré, relativement à celles de la Coutume de Bretagne. *Tales omnes enunciationes prohibitoriè concipiuntur, et potentiam adimunt per verba*, NE PEUT, *et per verba*, EST DE NULLE VALUE. Mais ce qui devient décisif, et ce qui corrobore, sous notre législation, cette ancienne doctrine, c'est la disposition de l'article 217 du Code civil. « La femme, même non commune ou séparée de biens, *ne peut* donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. » Je crois avoir dit avec vérité, au n° 33, que la nécessité de l'autorisation du mari est établie, non pas seulement dans l'intérêt de la femme, mais encore dans des vues morales; en sorte que ce n'est pas à elle qu'on peut appliquer la restriction faite par l'article 2012, relativement à *l'exception purement personnelle.* Il sera toujours contre la décence, contre la dignité du mariage, qu'une femme s'oblige, sans l'autorisation de son mari, sous un cautionnement.

Cependant, Pothier, n° 395, observe que, si quelqu'un s'était obligé conjointement avec une femme non autorisée, non comme caution de cette femme, mais comme débiteur principal, la nullité de l'obligation de la femme n'entraînerait pas la nullité de la sienne. Par exemple, dit-il, si une femme, sans être autorisée, et moi, nous avons emprunté de vous une certaine somme d'argent qui a été touchée par cette femme, et que nous nous sommes obligés solidairement de vous rendre, la femme ne sera pas obligée envers vous, si elle a dissipé cette somme; mais je n'en suis pas moins obligé de vous la rendre, en étant moi-même débiteur principal, et vous l'ayant empruntée : car, pour que j'en sois l'emprunteur, il n'est pas nécessaire que je l'aie reçue moi-même, il suffit que vous l'ayez réellement comptée à cette femme, de mon consentement. Il faut néanmoins convenir que si, dans la rigueur des principes, un pareil acte est valable, respectivement au particulier qui emprunte et s'oblige, il pourrait, sauf dans quelques cas rares, rendre suspecte la conduite de la femme; mais enfin il ne s'agirait plus d'annuler un cautionnement qui n'existerait pas.

Mais ce que j'ai dit jusqu'à présent ne peut concerner que les cas ordinaires, c'est-à-dire, les femmes mariées en communauté ou sous le régime dotal. Il en serait tout autrement de la femme marchande publique, qui peut, dans certains cas, s'obliger sans l'autorisation de son mari, d'après ce que j'ai dit au n° 36. C'est la nécessité de l'autorisation du mari, lorsqu'elle est prescrite par la loi, qui est le principe de la nullité de l'obligation, et qui, par conséquent, entraîne celle du cautionnement. Par la même raison, le cautionnement pourrait être valable à

l'égard des femmes, dans les cas où elles pourraient obliger quelques uns de leurs biens, dont elles auraient la libre disposition, sans le consentement ou l'autorisation de leurs maris.

On sent bien aussi que tout ce qui vient d'être dit sur la nullité du cautionnement apposé à une obligation, de la part de la femme, dont la prohibition serait prononcée par la loi, est absolument étranger au mari qui cautionnerait sa femme, qui même s'obligerait, dans une vente de ses biens dotaux, à rembourser, en cas de réclamation et de demande de la nullité de la vente, le prix de la même vente, et à payer les dommages-intérêts, et qui, pour assurer cette garantie, hypothéquerait ses immeubles personnels [1].

56. Je croirais me livrer à de vaines hypothèses, si j'entrais sérieusement dans l'examen de la question de savoir si le cautionnement d'un impubère ou d'un interdit serait valable. Il ne peut guère venir dans la pensée de qui que ce soit de s'engager solidairement avec des personnes qui sont dans un pareil état; et il n'y a pas de notaire qui crût pouvoir stabiliser de pareils engagemens, dont l'idée même serait repoussante. L'impubère ne peut s'obliger ni naturellement ni civilement, ainsi que j'ai déjà eu occasion de le dire. On peut en dire autant de l'interdit, pour cause de démence, de folie ou de fureur. Ces personnes n'ont point de volonté; ils ne peuvent, par conséquent, donner un consentement, et on ne peut concevoir un engagement sans le consentement, qui est toute autre chose que la capacité de contracter. Art. 1108 du Code civil.

Cependant Basnage, *part.* 2, *chap.* 4,

---

[1] Comme j'ai vu quelquefois confondre les principes nouveaux avec les principes anciens, relativement aux effets des ventes de biens dotaux et des garanties contractées à cet égard par les maris, j'ai cru qu'il était utile de faire, à ce sujet, quelques observations. Il est à propos de rappeler ces principes anciens qui s'effacent, et qui ne sont plus aussi présens à l'esprit.

Dans les pays de droit écrit, au moins en général, et sous plusieurs Coutumes de régime dotal qui en avaient admis les principes, la femme ne pouvait point obliger ses biens dotaux; surtout, elle ne pouvait les vendre, pas plus avec l'autorisation du mari que sans cette autorisation. L'art. 3 du tit. 14 de la Coutume d'Auvergne y était précis. Il était dit dans cet article, *et sont telles dispositions et aliénations nulles et de nul effet et valeur*. Cependant il a toujours été reçu, et sans contestation, que le mari pouvait personnellement, seul ou solidairement avec sa femme, vendre ses biens dotaux, même quand la qualité en aurait été spécifiée dans la vente, de quelque manière qu'elle eût été faite. La vente était sans contredit nulle, respectivement à la femme et à ses enfans, qui n'auraient pas été héritiers de leur père; mais elle était valable à l'égard du mari, en ce sens qu'il était garant de la nullité et de la réclamation qui en aurait été faite par la femme ou par ses enfans, qui y auraient été non recevables s'ils eussent été héritiers de leur père. On peut voir, à ce sujet, M. Chabrol, qui ne cesse de regarder ce point de droit comme sans difficulté, et notamment sur cet article 3 et sur l'art. 8 du tit. 17; Prohet et ses annotateurs, sur les art. 3 et 4 du tit. 14. Aussi voit-on dans les bureaux de conservation des hypothèques, en Auvergne, une foule d'inscriptions hypothécaires conservatoires, prises sur les biens des maris, pour la garantie de ventes de biens dotaux qu'ils avaient faites, laquelle garantie emportait hypothèque générale, d'après la législation sous laquelle elle avait été stipulée. Cette ancienne jurisprudence avait été constamment admise par le parlement de Paris: elle y était regardée comme une loi vivante. Les principes nouveaux introduits par le Code civil, article 1560, l'ont été d'après des usages particuliers qui se pratiquaient au parlement de Provence. On les voit dans les actes de notoriété, donnés par MM. les avocats et procureurs généraux de ce parlement, et dans les Observations sur ces actes de notoriété, nº 67. Voici ce qu'on lit dans les Observations: « Le mari ne peut rien faire qui rende détérieure la condition de la dot: l'aliénation lui est prohibée. *Leg. Juliâ, ff. de fundo dotali L. unic., Cod. de rei uxor. act.* Il peut réclamer lui-même de la vente qu'il a faite du fonds dotal, et on ne le soumet à une garantie, pour des dommages-intérêts envers l'acheteur, qu'autant qu'il ne lui a pas déclaré que le fonds était dotal. Duperrier, *tom.* 1er, *Maximes de droit, pag.* 489. Arrêt du 18 janvier 1646, rapporté par Boniface, tom. 1er, liv. 6, tit 3, chap. 1er. »

Ces usages particuliers, érigés en lois, étonnèrent quelques conseillers d'état, lors de la discussion du Code civil: il en fut de même au Tribunat. Il y avait dans le premier projet de loi, que « si la femme ou le mari, ou tous les deux conjointement, aliènent le fonds dotal, *l'aliénation sera radicalement nulle*. » Le Tribunat observa que des difficultés pourraient naître sur l'interprétation de ces derniers mots. Il en vota la suppression, et il demanda la substitution de ces mots: « S'il (le mari) n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal; » à ceux-ci, « ou demeurant néanmoins sujet aux dommages-intérêts de l'acheteur, pourvu que celui-ci ait ignoré le vice de l'achat. » C'est dans ces dernières expressions que se trouve la seule modification apportée par le Code civil à l'ancienne jurisprudence du parlement de Provence. Mais on conçoit quel a été l'esprit qui a présidé à la dernière rédaction, par la suppression des termes, *l'aliénation sera radicalement nulle*. Cette aliénation peut encore être garantie par le mari. Mais, d'après le régime actuel, il doit particulièrement affecter des biens à cette garantie, et cette affectation spéciale doit être assurée par des inscriptions qui doivent être renouvelées avant l'expiration de dix ans de l'une à l'autre.

avait une propension à décider que l'on pouvait valablement cautionner un impubère et un interdit. Après avoir prétendu qu'il y avait une contradiction entre ce qu'avait dit, à ce sujet, le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 6, *De verb. oblig.*, et la décision de ce même jurisconsulte contenue dans la loi 26, *De fidej.*, il supposait que l'opinion de Cujas était pour la validité du cautionnement dans ce cas, d'après la loi 70, § *si à furioso*, *dict. tit.* Mais Pothier, nº 393, a très bien démontré l'erreur de Basnage à cet égard. Il établit que Cujas s'était seulement expliqué pour le cas où on se serait rendu caution pour des impubères, des fous, des interdits, pour des causes pour lesquelles ces personnes peuvent être, *sans aucun fait de leur part*, valablement obligées. Il en cite un exemple, auquel il me suffit de renvoyer.

Il n'y a donc que les mineurs qui ont acquis l'âge de puberté, surtout s'ils sont émancipés, pour lesquels on puisse se rendre caution avec effet. La raison en est qu'étant dans un âge qui approche de la majorité, ils sont présumés avoir une volonté, et pouvoir former un lien naturel, quoique la loi les rende incapables de contracter une obligation civile. Ce qui démontre cette vérité, c'est qu'anciennement, dans presque toute la France, le mâle âgé de quatorze ans, et la fille âgée de douze ans accomplis, étaient réputés d'âge parfait pour ester en jugement, faire, passer tous contrats, comme ayant la même faculté qui a été accordée dans la suite au seul majeur de vingt-cinq ans. L'art. 1er, tit. 13 de la Coutume d'Auvergne, l'art. 173 de la Coutume de Bourbonnais, et l'art. 292 de celle de la Marche, ne permettent pas d'en douter. La preuve s'en trouve encore dans les Établissemens de saint Louis, ch. 73 et 142, et dans la décision 249 de Jean Desmarcs, avocat du roi au parlement, sous Charles VI. Aussi Loysel, Institut. cout., liv. 1er, tit. 1er, art. 34, disait : « L'âge parfait était à quatorze ans, par l'ancienne Coutume de la France. »

57. Il n'est pas inutile, à beaucoup près, de prévoir une difficulté que j'ai vu élever. Elle consiste à savoir si, lorsqu'il s'agit d'une exception qui pourrait être opposée par le mineur, mais qui devrait l'être dans un délai, à compter de la majorité, celui contre lequel l'exception frapperait, ou comme créancier, ou comme acquéreur, pourrait soutenir que la caution devrait être garante de ce délai, et remettre le créancier ou l'acquéreur au même état dans lequel il se serait trouvé s'il eût contracté avec un majeur ; en sorte qu'il n'eût eu à redouter l'exercice de l'exception, que dans un délai qui serait celui qui aurait eu lieu si le principal obligé eût été majeur. J'ai vu juger l'affirmative, en grande connaissance de cause, dans une espèce que je vais rapporter, et qui fera mieux entendre la question.

Le 12 juillet 1775, Michel Gorce, mineur, vendit un bien à lui appartenant, du chef de sa mère. A raison de sa minorité, l'acquéreur exigea une caution ; en conséquence, autre Michel Gorce, son père, entra dans la vente. Ils vendirent solidairement ; la vente faisait mention que le bien appartenait au fils, et le père s'obligea de faire ratifier son fils à sa majorité. Dix ans utiles s'écoulèrent contre le père. Après sa mort, le fils, avant sa trente-cinquième année, attaqua la vente, contre laquelle il prit des lettres de rescision qui était alors en usage. Il les fonda sur la rescision d'outre-moitié, qui était celle qui était admise avant le Code civil. L'acquéreur, nommé Morel, dit que Michel Gorce fils était non recevable, ou au moins garant de sa demande, comme représentant son père, dont il était héritier. L'avocat de Gorce fils disait qu'il fallait distinguer, en garantie, le cas où le principal obligé revenait, pour minorité, du cas où il revenait pour lésion d'outre-moitié, ou pour tout autre vice radical qui était dans l'acte même, abstraction faite de la minorité, que, dans le cas de la lésion légale sur le prix, le bénéfice en profitait à la caution comme au principal obligé. L'avocat de l'acquéreur avouait que cette distinction était fondée en principes ; mais il répliquait que, d'après la garantie, le fils au-

rait dû se pourvoir dans dix ans, non pas à compter de sa majorité, mais à compter de l'acte même; que la garantie avait dû assurer à l'acquéreur que le fils ne pourrait faire, après l'acte, que tout ce qu'aurait pu faire un majeur; que l'acquéreur devait être considéré comme ayant contracté avec un seul majeur, ou avec deux. On répondait, toujours pour Gorce fils, que le père n'avait entendu et pu garantir qu'un seul des droits ouverts au fils, c'est-à-dire, celui qui résultait de sa minorité, et qu'il n'avait entendu ni pu garantir l'effet de l'action en rescision pour lésion; qu'il n'y avait pas non plus de garantie de l'effet du temps dans lequel le fils pouvait exercer cette action; que ce délai était dans la loi. Néanmoins, par une sentence de l'ancienne sénéchaussée d'Auvergne, à Riom, du 4 mai 1787, Michel Gorce fils fut débouté de sa demande en entérinement, et condamné aux dépens.

On aurait pu croire que la circonstance que le père s'était obligé de *faire ratifier son fils à sa majorité*, avait influé sur la décision. Il fut cependant vérifié que cette circonstance avait été regardée comme indifférente, et que la question avait été jugée en point de droit, d'après les moyens de l'acquéreur, dont je viens de rendre compte. Des avocats très célèbres du barreau de cette ancienne sénéchaussée avaient soutenu et développé avec force l'opinion qui fut adoptée. Cet avis et la décision d'un tribunal justement célèbre, par les lumières qu'il renfermait, sont faits pour en imposer. Cependant j'ose avouer que j'ai toujours eu peine à m'y rendre. Il m'a toujours paru que la nullité de la garantie devait être indivisible; que cette garantie ne pouvant avoir d'effet dans le cas dont il s'agit, pour l'obligation du mineur en elle-même, elle ne devait également en avoir aucun relativement à la durée du temps dans lequel l'exception du mineur devait être opposée. Néanmoins, j'ai vu plus récemment répandre un grand doute sur la question par des jurisconsultes éclairés. Au surplus, la connaissance de la difficulté peut être un avis pour qu'en pareil cas une caution fasse en sorte, dans son intérêt, que l'exception du mineur arrive dans les dix ans, non pas à compter de sa majorité, mais bien à compter de l'acte même.

58. On sent facilement combien la qualité en laquelle on contracte peut influer sur le sort de l'obligation et de l'hypothèque. Si quelqu'un s'obligeait et hypothéquait son bien, seulement en une qualité qu'il n'aurait pas, et s'il ne s'agissait pas d'une obligation personnelle ou solidaire, l'obligation et l'hypothèque deviendraient sans effet. Ceci tient au principe qu'on ne peut promettre que pour soi-même, si on ne se fait pas fort pour un autre, art. 1119 et 1120 du Code civil; et l'erreur sur la qualité frapperait l'obligation de nullité. Si, dans la suite, l'obligation était ratifiée, la ratification n'aurait pas d'effet rétroactif au jour de l'obligation; l'hypothèque remonterait seulement à la date de l'inscription qui serait prise en vertu tant de la ratification que de la première obligation.

Mais l'engagement serait encore nul, si on s'engageait simplement en une qualité qu'on aurait, mais qui ne donnerait pas le droit de contracter cet engagement; en sorte que l'obligation excéderait le pouvoir attaché à la qualité de celui qui s'obligerait. Ainsi, un tuteur qui, en cette seule qualité, vendrait ou hypothéquerait les biens de son pupille, sans les formalités judiciaires, n'imprimerait aucune hypothèque avec effet sur les biens du pupille, pas plus que sur les siens propres. Il en serait encore de même d'un procureur fondé qui aurait contracté au delà des bornes de sa procuration.

Mais celui qui aurait la qualité en laquelle il contracte, pourrait obliger et hypothéquer les biens qui lui appartiendraient en cette qualité, sans pouvoir hypothéquer les biens qu'il aurait d'ailleurs, et qui seraient étrangers à la qualité en laquelle il aurait contracté. Ainsi un mari, qui s'obligerait en qualité de mari seulement, pourrait hypothéquer les droits réels qui lui appartiennent, et qui sont attachés à sa qualité de mari, tels, par exemple, que l'usufruit des immeubles dotaux de son épouse.

Ces décisions sont fondées sur un principe expliqué par le célèbre Cochin. C'était à l'occasion d'une autre question; mais le principe s'applique à celle-ci. « L'hypothèque, disait-il, n'est jamais que l'accessoire d'une obligation. Or, pour juger d'une obligation, d'un engagement, il faut le considérer en lui-même, et non dans une clause simplement accessoire; si l'engagement en lui-même est limité sur certains biens, l'hypothèque ne peut faire que l'engagement soit plus étendu qu'il ne l'est par lui-même. » *Tome 4, pag. 398, in-4°.*

SECTION II.

De la spécialité. De la publicité de toutes les hypothèques, de quelque nature qu'elles soient. De tout ce qui tient à l'inscription, et des cas où l'on ne peut prendre inscription avec effet, à raison de la position du débiteur, quoiqu'on ait une hypothèque. Questions transitoires.

§ Ier.

De la spécialité et de son objet.

SOMMAIRE.

59. *De la spécialité et de son objet.*
60. *De la corrélation de l'hypothèque avec l'inscription.*
61. *Utilité de la spécialité, relativement à l'emprunteur. Mode particulier d'indivisibilité de l'hypothèque, lorsque deux hypothèques spéciales frappent sur le même immeuble.*
62. *L'hypothèque spéciale est néanmoins susceptible de modifications. Explication de l'article* 2130.
63. *Le débiteur qui n'a aucun immeuble, peut-il hypothéquer ceux qu'il acquerra dans la suite?*
64. *Explication de l'article* 2131.
65. *De l'effet de l'hypothèque générale contractée sous le Code civil, dans un acte ordinaire.*
66. *Utilité de l'inscription de la part du créancier poursuivant l'expropriation, même quand il ne se présenterait pas d'abord d'autres créanciers.*

59. La détermination de l'hypothèque s'opère par la spécialité. L'inscription fait connaître cette détermination ou affectation particulière, et, par ces deux moyens, arrive la publicité : sans l'un et l'autre, cumulativement, cette publicité ne serait pas obtenue.

Qu'un débiteur hypothèque généralement tous ses biens; que cette hypothèque reste dans l'obscurité; que plusieurs hypothèques se renouvellent sous ce mode, de manière que les biens soient plus qu'absorbés; qu'en cet état de choses, il se contracte encore de nouvelles hypothèques, et de la même manière, il est évident que beaucoup de créanciers perdront, et seront victimes de leur bonne foi : tel était le vice de l'ancienne législation.

Que le débiteur divise ses hypothèques, qu'il les fixe sur des objets bien distincts, bien déterminés, mais qu'on en reste là, il y aura seulement spécialité d'hypothèque.

Mais qu'importe cette spécialité, ou ces affectations particulières d'hypothèques, si elles ne sont pas connues. Ce défaut de connaissance ferait que des tiers seraient trompés sur chacune des parties de la fortune du débiteur, comme ils le seraient sur le tout, dans la première hypothèse. Quel est donc le moyen par lequel les tiers puissent contracter en connaissance de cause? Il est sensible que c'est l'inscription, et l'inscription seule.

Ainsi, spécialité, inscription, de la publicité : voilà les principaux pivots sur lesquels notre système hypothécaire est établi.

Cependant la publicité n'est pas prescrite seulement pour l'hypothèque spéciale; elle a lieu pour toutes les hypothèques en général, sauf quelques modifications. C'est ce que j'expliquerai dans la suite; je ne m'occupe, en ce moment, que de ce qui concerne l'hypothèque spéciale.

Or, on sent bien que la spécialité a dû

être sujette à des formes ; que l'inscription a dû avoir les siennes ; ces formes ne pouvaient être confiées à l'arbitraire des parties contractantes ou des notaires ; la sûreté des fortunes dépendait de l'observation de ces formes ; elles doivent être les mêmes partout ; et dès lors le législateur a dû les établir d'une manière générale et sûre. Or, on sent que je dois expliquer la législation, sous ce double rapport des formes qui constituent la spécialité de l'hypothèque, et de celles qui rendent l'inscription régulière.

60. Mais, avant d'entrer dans cette explication des formes, il y a plusieurs choses à dire qui tendront à mieux faire connaître, non seulement la spécialité de l'hypothèque, mais encore la nature de l'hypothèque en général, quelles que soient même les causes d'où elle procède. Et d'abord je vais faire un rapprochement particulier de l'hypothèque et de l'inscription, pour établir les rapports entre l'une et l'autre. Ce que je dirai là-dessus étendra encore les idées, et les raffermira sur ce qui constitue véritablement l'hypothèque, telle qu'elle est devenue sous le régime actuel. Il est indispensable de dissiper des confusions que j'ai vues souvent se former, sur la question de savoir si l'hypothèque est dans l'hypothèque même, ou dans l'inscription, ou, ce qui revient au même, si ce sont deux choses distinctes, ou si ce n'en est qu'une seule, l'une ne pouvant exister sans l'autre. Je sens que je suppose par là que plusieurs de mes lecteurs ne sont pas bien avancés dans la connaissance de notre régime hypothécaire ; mais j'ai la conviction que les jeunes élèves en droit, qui doivent principalement connaître les élémens, et que j'ai en vue, auront à se former des idées précises à ce sujet. C'est une raison pour que je ne néglige pas d'aplanir toutes les difficultés.

L'hypothèque est toujours dans notre législation actuelle ce qu'elle a été dans tous les temps ; elle est toujours comme je l'ai définie n° 4, avec cette seule différence que, quand elle est spéciale, elle est resserrée sur un ou sur quelques immeubles, au lieu de couvrir toute la fortune du débiteur, comme l'hypothèque générale. L'hypothèque spéciale existe par la stipulation, comme les autres hypothèques existent par la loi ou par les jugemens ; l'inscription n'est qu'une formalité extrinsèque, mais une formalité infiniment importante, puisque, seule, elle donne à l'hypothèque son efficacité. L'inscription n'est pas du fait du débiteur, elle est indépendante de sa volonté ; le contrat est déjà consommé à son égard ; mais l'hypothèque ne peut être exercée à l'égard des tiers, que dès l'instant qu'elle est inscrite. L'inscription est, par rapport à l'hypothèque, ce qu'était anciennement l'insinuation, respectivement à la donation. Son objet était de la rendre publique, pour que les tiers fussent avertis de ne pas contracter avec le donateur, au moins relativement aux biens compris dans la donation ; et la donation n'étant pas publique par l'insinuation, était nulle par rapport à ceux qui auraient contracté avec le donateur. L'hypothèque prend bien *naissance* dans le titre qui la constitue, pour me servir de l'expression de l'art 2148 du Code civil, et l'inscription n'est qu'une forme, mais une forme absolument nécessaire pour le développement de l'hypothèque, une forme qui lui donne vie, et qui seule attribue le droit de prendre rang entre les créanciers inscrits, à compter du jour qu'elle est faite, et de primer généralement tous créanciers, soit hypothécaires non inscrits (excepté ceux dont l'hypothèque aurait été affranchie de l'inscription), soit simplement chirographaires.

La principale difficulté qui s'est élevée sur la nécessité de l'inscription, par rapport aux tiers, s'est présentée dans le cas où le créancier qui avait une hypothèque, sans inscription, se trouvait en concurrence avec d'autres créanciers, mais qui étaient seulement chirographaires. C'est en se pénétrant de deux fortes discussions auxquelles cette difficulté a donné lieu, qu'on connaîtra parfaitement tout l'effet de l'inscription, et qu'on pourra juger combien elle est nécessaire.

Ceux qui soutenaient que le créancier hypothécaire, non inscrit, avait le droit de primer les simples créanciers chirographaires, disaient que l'hypothèque est absolument indépendante de l'inscription, sous le rapport de son existence. Ils tiraient de là la conséquence que le créancier hypothécaire, quoique sans inscription, ne pouvait pas être sans un avantage marqué à l'égard des créanciers qui n'étaient que chirographaires, que si l'inscription est nécessaire, c'est seulement sous le rapport de l'attribution d'une préférence, et de la fixation d'un rang parmi les créanciers hypothécaires; qu'il n'y avait ni préférence, ni rang à réclamer, en vertu de l'inscription, à l'égard des créanciers chirographaires; que ceux-ci étaient vaincus et écartés par le créancier hypothécaire, sans le secours de l'inscription, par le seul bénéfice que lui procurait l'existence de l'hypothèque.

A l'appui du système contraire, on opposait le principe qui se tire de l'ensemble du titre *des hypothèques* du Code civil; on disait que le législateur n'a admis absolument d'autre hypothèque, à l'égard des tiers, que celle qui serait inscrite, sous la seule exception relative à des hypothèques légales; que cette exception, qui est marquée partout à côté de la règle, confirme hautement cette règle, que toute préférence est attachée à l'inscription; que c'est de cette inscription seule que l'hypothèque tire son efficacité à l'égard de tous les tiers, quels qu'ils soient. C'est cette dernière opinion qui a été adoptée par la Cour de cassation, par deux arrêts importans.

Dans l'espèce du premier, qui est du 19 décembre 1809, le sieur Berges, négociant à Bordeaux, était créancier du sieur Sollié, marchand, en vertu d'un jugement du tribunal de commerce, du 11 floréal an 13. Il avait pris une inscription hypothécaire, le 29 thermidor suivant, sur les biens de son débiteur; mais, dès le 20 messidor an 13, celui-ci avait été constitué en état de faillite, et dès lors son inscription était comme non avenue, n'ayant pas été prise en temps utile. Il y avait eu un concordat entre le débiteur et ses créanciers chirographaires, dans lequel le sieur Berges n'avait pas figuré, dont le résultat était une remise de 80 pour cent sur le montant des créances chirographaires. Le concordat fut homologué par le tribunal de commerce; et le sieur Berges fut traduit par les créanciers chirographaires au même tribunal, pour voir rendre commun avec lui le jugement d'homologation, ce qui fut ainsi prononcé par le tribunal. Sur l'appel de cette décision, interjeté par le sieur Berges, il soutint qu'étant créancier hypothécaire, en vertu d'un jugement bien antérieur à l'ouverture de la faillite, il ne pouvait être tenu d'accéder au concordat passé entre les créanciers chirographaires et le débiteur commun; et l'on sent bien que, par cela même, il soutenait qu'il devait prendre rang entre les créanciers hypothécaires, à la date de son inscription. Son système de défense fut rejeté par arrêt de la Cour royale de Bordeaux, du 16 décembre 1807, qui confirma le jugement du tribunal de commerce; en sorte que le sieur Berges fut considéré comme créancier simplement chirographaire, et confondu parmi les créanciers qui n'avaient que cette qualité.

Sur le pourvoi contre cet arrêt, de la part du sieur Berges, la Cour de cassation en prononça le rejet, après un délibéré en la chambre du conseil. Je ne rapporterai que le principal motif de l'arrêt, dont tous les autres ne sont qu'une conséquence. « Vu les articles 2134 et 2135 du Code civil, et attendu qu'aux termes du premier de ces articles, l'hypothèque n'a de *rang* entre les créanciers que *du jour de l'inscription*, et que le second *ne donne l'existence*, INDÉPENDAMMENT *de toute inscription, qu'à des hypothèques* (particulières et déterminées). »

Dans l'espèce du second arrêt, le sieur Albert, banquier à Riom, était créancier, en vertu d'un jugement du tribunal de commerce, du 28 avril 1809, du sieur P...., ancien notaire royal de la même ville, qui avait aussi été banquier. Le sieur Albert n'avait pris inscription que

le 19 mars 1811 : mais la faillite du sieur P.... fut déclarée ouverte le 29 du même mois; en sorte que l'inscription n'avait pas été prise avant le commencement des dix jours antérieurs à la faillite, et que dès lors elle devait être sans effet. comme tardive, d'après l'article 2146 du Code civil, et d'après l'art. 443 du Code de commerce. Les immeubles du sieur P.... ayant été vendus, un ordre s'ouvrit pour en distribuer le prix. Le sieur Albert se présenta comme créancier hypothécaire; il n'eut à combattre que des créanciers chirographaires, contre lesquels il demanda la collocation en premier ordre. Il fonda cette préférence, soit en vertu de l'inscription qu'il avait prise, parce que, suivant lui, cette inscription était valable, soit en vertu de son titre seul, parce que, disait-il, ce titre lui conférant par lui-même une hypothèque, il n'avait pas besoin de prendre inscription pour être préféré à de simples créanciers chirographaires. La prétention du sieur Albert fut accueillie par un jugement du tribunal de première instance de Riom, du 23 décembre 1814. Ce jugement déclara l'inscription valable.

Sur l'appel, qui en fut interjeté en la Cour royale de Riom, par les syndics des créanciers P...., il s'engagea la discussion la plus forte, dans laquelle on peut dire qu'on épuisa, pour le sieur Albert, toutes les ressources de la logique, afin d'établir la validité de son inscription. Les efforts augmentèrent à raison de ce qu'une prétention, exactement semblable à la sienne, avait été rejetée par l'arrêt de la Cour de cassation, que je viens de rapporter. Aussi les moyens à l'appui de son inscription furent-ils présentés sous une face nouvelle.

Devant porter la parole dans cette affaire, parce qu'alors je remplissais les fonctions de procureur général, je l'examinai avec la plus grande attention, et je demeurai convaincu que l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 décembre 1809, n'était susceptible d'aucune critique sérieuse. Un des moyens principaux du sieur Albert, qui était même celui qui paraissait avoir déterminé le tribunal de première instance à accueillir sa prétention, consistait à dire que l'on ne pouvait lui reprocher aucune circonstance de fraude ni de collusion avec P.... (ce qui était vrai); et que dès lors le jugement qu'il avait obtenu lui ayant conféré une hypothèque, l'inscription qu'il avait prise, quoique ce fût dans les dix jours de l'ouverture de la faillite, avait conservé cette hypothèque. L'art. 443 du Code de commerce porte bien, à la vérité, que nul ne peut acquérir priviléges ni hypothèque sur les biens du failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite; mais que résultait-il de là, selon lui? Il ne s'en tirait d'autre conséquence, si ce n'est que, s'il eût obtenu un jugement contre son débiteur dans les dix jours qui précédaient l'ouverture de la faillite, ce jugement ne lui aurait pas conféré une hypothèque valable. Or, disait-il toujours, il n'était pas dans ce cas; il avait obtenu, bien long-temps auparavant, un titre qui lui conférait une hypothèque. Autre chose est l'hypothèque, autre chose est l'inscription. L'art. 443 du Code de commerce n'est pas susceptible d'extension; il annulle bien l'hypothèque sur les biens du failli, prise dans le temps qui y est indiqué; mais on doit s'en tenir là : l'inscription, dont il n'est pas parlé dans cet article, doit donc rester dans toute sa force. A la vérité, l'art. 2146 du Code civil dit bien que les inscriptions ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel *les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls*. Mais le sieur Albert prétendait, et les premiers juges avaient pensé que cette disposition devait être interprétée et développée par l'esprit et par les termes du Code de commerce, qui est le siége de la matière, lequel Code est postérieur au Code civil.

Je pensai que ce raisonnnement était inadmissible; que l'art. 2146 du Cod. civ. renfermait une disposition précise; que, pour ne pas la suivre dans le cas, en question, il faudrait une dérogation bien formelle à cette première disposition dans

l'art. 443 du Code de commerce, et que cette dérogation ne s'y trouve certainement pas; qu'il fallait d'ailleurs combiner cet article avec l'article 520, où il est dit que les créanciers hypothécaires *inscrits* n'auront point de voix dans les délibérations relatives aux concordats; qu'il fallait donc entendre le mot *hypothèque* de l'article 443 du Code de commerce, dans le sens dans lequel il est employé dans la législation hypothécaire, c'est-à-dire, sous le rapport de l'hypothèque avec ce qui la rend efficace, ou, ce qui est de même, d'une hypothèque avec inscription. L'hypothèque, vue sous le rapport de son effet, ne peut exister que par le concours de la constitution de l'hypothèque et de l'inscription. Si l'une existe sans l'autre, il en résulte un corps incomplet; il n'y a pas un tout régulier que la loi exige nécessairement pour qu'il y ait hypothèque, et c'est ce *tout* que l'art. 443 du Code de commerce a entendu indiquer sous le mot d'*hypothèque;* en sorte que l'emploi de ce mot ne devait pas faire sortir des principes généraux de la matière, établis par le Code civil.

En rentrant dans ces principes, il devait demeurer pour certain, d'après l'ensemble des dispositions du code, qu'on ne pouvait admettre l'hypothèque sans une inscription, hors les cas où, par une exception prononcée expressément par la loi l'hypothèque en était affranchie; que la loi fait toujours marcher l'hypothèque accompagnée de l'inscription; que partout elle n'appelle *hypothèque*, qu'une hypothèque *inscrite;* que c'est ce qui résulte notamment des articles 2166, 2161, 2154, 2151, 2183 et 2184. Je pensai que c'était avec raison que M. Tarrible, dans son opinion émise à l'article *inscription hypothécaire* du Répertoire de jurisprudence de M. Merlin, § 2ᵉ, qu'il a soutenue de forts raisonnemens, s'était expliqué ainsi: « La loi embrasse, dans une vue générale, tous les créanciers d'un même débiteur, et elle dit que le prix des biens de ce débiteur sera distribué entre tous les créanciers indistinctement, en proportion du montant de leurs créances. Elle n'admet d'exception qu'en faveur des créanciers qui doivent jouir d'un droit de préférence, à cause de leurs hypothèques ou de leurs priviléges. » Cette doctrine est fondée sur les articles 2093 et 2094 du Code civil; et lorsqu'ensuite la préférence est attachée à l'inscription, qui devient le complément de l'hypothèque, puisque la préférence ne date que du jour de l'inscription, on ne conçoit pas qu'il y ait d'hypothèque réelle et efficace, quand il n'y a pas d'inscription. Nulle part, la loi ne fait de distinction, quant à la préférence qu'elle donne à l'hypothèque, entre les créanciers hypothécaires et les créanciers chirographaires. La même raison qui fait attacher un rang, entre les créanciers hypothécaires, à l'inscription, lui fait attacher aussi la préférence sur les simples créanciers chirographaires. Je remarquai que la loi n'admet que trois sortes d'hypothèques, qui sont l'hypothèque légale, avec ou sans inscription, ce qu'elle a soin de déterminer précisément, l'hypothèque judiciaire, et l'hypothèque conventionnelle, qui sont toutes deux soumises à l'inscription; et que, si la prétention du sieur Albert était admise, ce serait introduire une quatrième espèce d'hypothèque qu'il était impossible de classer, une hypothèque qui, sans l'accompagnement de l'inscription, sans recevoir la vie de cette inscription, se trouverait jouir du privilége attaché à l'inscription, sans que la loi le dise, et même contre le principe fondamental qu'elle établit; ce qui en détruirait l'économie, et conduirait à l'arbitraire.

Quant à l'induction qu'on tirait encore de l'art. 834 du Code de procédure civile, je dis que le motif qui avait fait admettre, par l'insertion de cet article, la modification importante à la législation qui existait auparavant sur la transcription et ses effets, était indifférent pour la décision de la question; qu'au surplus, en prenant cet article tel qu'il est, il n'en résultait aucun changement sur la nature et la nécessité de l'inscription; qu'on pouvait seulement en conclure une prolongation de la faculté de prendre une

inscription; mais que, pour qu'elle eût ses effets, il fallait qu'elle fût prise dans le temps utile déterminé par la loi. Je crus pouvoir invoquer ce qui avait lieu sous l'empire de l'édit de 1771, qui avait admis les simples créanciers chirographaires à la faculté de former opposition aux lettres de ratification. Or, cet édit, article 19, allait jusqu'à accorder la distribution des deniers qui resteraient après l'entier paiement des créanciers privilégiés et hypothécaires qui auraient formé opposition, entre les créanciers chirographaires opposans, *par préférence aux créanciers privilégiés ou hypothécaires qui auraient négligé de faire leur opposition.* Il y a une grande différence, quant aux principes, entre l'opposition qui avait lieu sous l'édit de 1771, et l'inscription établie par notre législation actuelle, et il est inutile d'expliquer ici cette différence; mais toujours est-il vrai qu'il a été dans l'esprit de toute législation hypothécaire, que lorsqu'un créancier, soit privilégié, soit hypothécaire, ne remplissait pas l'obligation qui lui était imposée pour le maintien de son privilége ou de son hypothèque, il descendait à la condition des simples créanciers chirographaires. Suivant cet article 19, les créanciers chirographaires, qui avaient formé opposition (et qui aujourd'hui ne seraient pas recevables à prendre une inscription), étaient préférés, sur le prix de la vente, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires qui auraient négligé de former opposition; et si ces créanciers chirographaires n'eussent pas formé opposition, pas plus que les créanciers privilégiés ou hypothécaires, il est bien évident qu'ils seraient tous venus, sur le restant du prix de la vente, par contribution au marc le franc.

Enfin, je développai l'esprit de notre législation sur la publicité de l'hypothèque. J'en faisais résulter, comme un principe, que, dans le doute même, il fallait se décider pour la nécessité de cette publicité qui formait le système de la loi, parce qu'on risquait plus de tomber dans l'erreur en s'écartant de ce système, qu'en y rentrant. Les effets salutaires de cette publicité se font sentir dans tous les cas; et, par exemple, si, dans l'espèce, le sieur Albert, qui avait obtenu un jugement de condamnation le 28 avril 1809, avait pris son inscription à une époque rapprochée, au lieu de ne la prendre que le 19 mars 1811, il aurait donné un éveil utile au public sur la situation du débiteur; des créanciers antérieurs se seraient mis en règle, et auraient pu assurer la rentrée de leurs créances, quoiqu'ils ne fussent venus qu'après le sieur Albert. Ceux des créanciers, qui ne l'étaient devenus qu'après le jugement du 28 avril 1809, n'eussent point engagé leurs fonds entre les mains du sieur P....

La Cour royale de Riom, par son arrêt, sur mes conclusions conformes, du 21 juillet 1815, infirma le jugement du tribunal de première instance, et débouta le sieur Albert de sa demande en préférence contre les créanciers chirographaires. Le sieur Albert s'étant pourvu contre cet arrêt, à la Cour de cassation, son pourvoi fut rejeté par arrêt de la section civile, du 11 juin 1817, après en avoir délibéré deux jours. Cet arrêt est tellement important, cette décision influe si fortement sur la jurisprudence hypothécaire, elle répand tant de lumières sur notre législation, sous plusieurs rapports, que je crois devoir la mettre sous les yeux du lecteur, au moment où il vient de prendre connaissance des faits et des moyens sur lesquels l'arrêt a été rendu.

« Considérant qu'aux termes de l'article 2092 du Code civil, quiconque s'est obligé *personnellement* est tenu de remplir ses engagemens sur ses biens, *meubles et immeubles*; qu'aux termes de l'article 2093, les biens du débiteur sont le gage *commun* de ses créanciers, et que le prix doit s'en distribuer entr'eux, par *contribution*, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence, et que, suivant l'art. 2094, les causes de préférence sont les priviléges et les hypothèques; mais que ces causes ne deviennent légitimes que lorsque le

créancier qui veut s'en prévaloir, a observé les formalités prescrites pour rendre efficace, *à l'égard des tiers*, son hypothèque ou son privilége; — *Considérant* qu'il résulte de l'article 2113 du même Code, que l'hypothèque ne date, *à l'égard des tiers*, que de l'époque des inscriptions qui ont été prises, et que l'article 2146 déclare incapables de produire aucun effet, les inscriptions prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture de la faillite sont déclarés nuls; que l'art. 443 du Code de commerce, loin d'avoir rien innové à l'article 2146 du Code civil, n'en est, au contraire, que le complément, et n'a fait que déterminer le délai qui n'avait pas été définitivement fixé par ce Code; — *Considérant* que le Code civil, ni le Code de commerce, ne disent nulle part que la nullité prononcée par l'art. 2146 du Code civil ne doit profiter qu'aux créanciers hypothécaires du débiteur failli; que cette nullité est d'ordre public, et conséquemment radicale; qu'elle est, en effet, la conséquence nécessaire du système de la publicité des priviléges et hypothèques, consacré par les art. 2134 et 2135, et qui est la base fondamentale de notre législation sur le régime hypothécaire; que l'objet de cette publicité est d'avertir tous ceux qui peuvent y avoir intérêt, que le gage est déjà absorbé en tout ou en partie; d'où il suit que, dans le cas de non-inscription ou d'inscription nulle de la part des créanciers privilégiés ou hypothécaires, l'on rentre de droit dans les dispositions des art. 2092 et 2093, et que tous les créanciers du débiteur *commun* doivent venir, *par contribution*, sur le prix provenu de la vente de ses biens; que s'il fallait une nouvelle preuve de cette vérité, on la trouverait écrite dans l'art. 520 du Code de commerce, qui assimile les créanciers hypothécaires *non inscrits* aux simples chirographaires; — *Considérant* qu'en déclarant nulle et de nul effet l'inscription prise par le demandeur dans les dix jours de la faillite, et en ordonnant, par suite, qu'elle serait rayée, l'arrêt dénoncé n'a fait qu'une juste application des lois de la matière, et spécialement de l'article 2146 du Code civil et que l'arrêt n'a fait non plus qu'une juste application des articles ci-dessus rappelés des Codes civil et de commerce, en ordonnant que les deniers à distribuer le seraient entre tous les créanciers de la faillite, sans distinction et par contribution; — Rejette. »

Je remarque que les motifs de l'arrêt de la Cour royale de Riom, quoique moins développés, étaient au fond les mêmes. L'arrêt du 19 décembre 1809 est rapporté dans le Recueil de Denevers, *an* 1810, *pag.* 15, et celui du 11 juin 1817 l'est dans le même Recueil, *an* 1817, *pag.* 297.

Je crois néanmoins devoir observer que la question que je viens de traiter se présente encore dans d'autres circonstances, dans lesquelles elle reçoit une nouvelle étendue, et où elle doit être vue sous d'autres faces. Je la traite, en suivant ces ramifications, dans la 2ᵉ partie, chap. 1ᵉʳ, sect. 11ᵉ. On y verra une dissertation qui se rattache à celle-ci; elles doivent être méditées l'une et l'autre, pour qu'on se forme des idées précises sur la difficulté.

61. Il faut faire attention que la spécialité n'est pas seulement introduite pour préparer la publicité de l'hypothèque; elle a encore pour objet l'intérêt particulier de l'emprunteur. Elle lui fournit le moyen, selon le taux de sa fortune et l'arrangement de ses affaires, de n'hypothéquer qu'une partie de ses biens, correspondante au moment de l'obligation qu'il contracte, et de conserver le reste libre. Aussi, le droit du créancier se circonscrit dans l'objet qui lui a été hypothéqué, et il ne peut exercer ses poursuites sur les autres immeubles que dans le cas d'insuffisance de ceux sur lesquels l'hypothèque a été établie. Telle est la disposition de l'art. 2209 du code. Il résulte de là que si un particulier n'a qu'un seul bien ou un seul immeuble, mais dont la valeur serait supérieure au montant d'une hypothèque dont il l'aurait déjà grevé, il pourrait l'hypothéquer encore à un

nouveau créancier jusqu'à concurrence du montant de la nouvelle obligation. C'est ce qui se pratiquait quelquefois sous l'ancienne législation. Quoique l'hypothèque fût générale de droit, un débiteur avait la liberté de n'hypothéquer qu'une partie de ses biens, et s'il n'y avait pas la clause de la généralité de l'hypothèque, la restriction s'en faisait sur les seuls biens qui y avaient été soumis. Ce n'est pas tout; le débiteur pouvait, taxativement, hypothéquer à un nouveau créancier le même fonds qu'il aurait déjà hypothéqué à un autre. Cependant, il fallait, pour éviter le reproche de stellionat et ses suites, que le débiteur fît connaître au nouveau créancier l'hypothèque précédemment constituée. C'est ce qu'enseigne Domat, *Lois civ., liv.* 3, *tit.* 1er, *sect.* 3, *n°* 18.

Il est essentiel de remarquer ce que dit cet auteur, qui se fonde sur la disposition de quelques lois romaines; c'est que ces deux hypothèques sont indivisibles, en ce sens que la première hypothèque venant à être éteinte par le paiement, la seconde ne frappe pas seulement sur ce que le fonds peut valoir de plus qu'il n'était dû au premier créancier, mais elle affecte encore l'héritage entier, et elle aura son effet sur la totalité, après que le premier créancier aura reçu sa créance du débiteur. Il n'y a aucune raison pour s'écarter de cette règle sous la législation actuelle; les principes sont absolument les mêmes sous ce rapport. On sent facilement que, dans ce cas, aucun des créanciers n'étant payé, l'un ou l'autre peut poursuivre la vente de l'immeuble; et qu'à l'ordre, le second ne pourra toucher que ce qui restera sur le prix après la collocation du premier.

62. Les règles et les formes de la spécialité ne sont cependant pas exigées d'une manière tellement absolue, qu'elles ne soient susceptibles de quelques modifications. On en trouve une première dans l'art. 2130 du Code civil, où il est dit : « Néanmoins, si les biens présens et libres du débiteur sont insuffisans pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que *chacun* des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté, *à mesure des acquisitions.* »

On pourrait demander si, dans ce cas, une inscription sur les biens à venir, dès le moment même de l'obligation, serait suffisante dans les bureaux des arrondissemens dans lesquels on pourrait soupçonner que le débiteur dût en avoir dans la suite, sans attendre l'instant où il en deviendrait propriétaire; ou si, au contraire, l'inscription est nécessaire à mesure que le débiteur en acquiert la propriété, par des ventes qui lui seraient faites, ou autrement. Ce dernier parti me paraît indispensable. L'hypothèque sur les biens à venir, dans le cas de l'article, prend bien sa source dans le contrat par lequel elle a été stipulée, et on peut faire frapper de cette hypothèque les immeubles à venir, sans qu'il soit besoin de s'en procurer une nouvelle; mais cette hypothèque ne peut affecter les immeubles *qu'à mesure des acquisitions.* Or, d'après le système de publicité qui fait la base de notre régime hypothécaire, cette affectation ne peut s'opérer que par l'inscription. Sans cela, il faudrait admettre que l'hypothèque a son effet du jour même du titre, comme lorsqu'elle était générale et occulte, ce qui n'est point admissible. L'hypothèque n'a donc son efficacité que par l'inscription prise lorsque la propriété est acquise au débiteur.

D'ailleurs, pour se décider sur la forme de l'inscription, il faut remonter à la nature de l'hypothèque à laquelle elle se rapporte. C'est, en effet, une idée dont il ne faut point s'écarter, et qui est infiniment utile pour la décision des questions de ce genre. Il n'y a que trois sortes d'hypothèques, l'hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque conventionnelle, et ce serait donner lieu aux plus graves inconvéniens que de les mélanger; l'une de ces espèces ne peut rentrer dans l'autre. Or, l'hypothèque dont il s'agit ne laisse pas d'être *conventionn-*

nelle, malgré la modification qui y est faite par la loi, dans l'intérêt, tant du débiteur que du créancier. Donc l'inscription est nécessaire, et elle ne peut avoir lieu avant la propriété acquise au débiteur, puisqu'il est de la nature de l'hypothèque conventionnelle qu'elle ne puisse exister sur un bien qui n'appartiendrait pas à ce dernier. C'est alors l'inscription qui spécialise l'hypothèque dont la source est dans le contrat; c'est le seul effet auquel se borne la modification introduite par cet article 2130. En sorte que tous autres créanciers qui auraient fait inscrire sur les biens ainsi échus au débiteur, même en vertu d'hypothèques postérieures à celle du créancier qui serait dans le cas prévu par cet article, et avant celui-ci, à mesure que les biens entreraient dans le domaine du débiteur, seraient préférés à ce créancier.

Ce serait en vain que, pour réfuter la nécessité de l'inscription, à fur et mesure que les propriétés entrent dans le domaine du débiteur, on opposerait les gênes considérables qui en résultent pour le créancier, en ce qu'il faut qu'il épie le moment où chacune des propriétés à venir écherra au débiteur, afin de les grever de son inscription. Ce serait inutilement qu'on dirait qu'un débiteur de mauvaise foi peut profiter de l'ignorance dans laquelle serait son créancier, et aliéner ou hypothéquer frauduleusement à un autre particulier les biens, dans l'instant même où il en deviendrait propriétaire. Il est bien vrai qu'il serait à désirer que, dans ce cas, le législateur eût accordé au créancier un délai pour l'inscription, à compter de l'époque où les propriétés à venir écherraient au débiteur. Le même désir se manifeste encore dans plusieurs autres circonstances, que je fais remarquer dans le cours de cet ouvrage. Mais cet avis concerne plus le législateur que le magistrat et le jurisconsulte; et, quand on pourrait voir, à cet égard, une imperfection dans la loi, ce ne serait pas une raison pour se refuser à en exécuter les dispositions, quand elles sont précises.

Il est encore vrai que, lorsqu'il s'agit de l'hypothèque judiciaire, qui frappe les biens à venir, une inscription sur tous les biens présens et à venir, dans chaque arrondissement, est suffisante. Mais on ne peut comparer ces deux cas : c'est sur quoi je m'explique plus particulièrement, lorsque je traite de l'hypothèque judiciaire.

63. Je dois observer, à ce sujet, que la Cour royale de Besançon, par un arrêt du 29 août 1811, qu'on voit dans le Recueil de Denevers, *an* 1812, *pag.* 55, *au suppl.*, a jugé qu'un débiteur qui, lors de l'obligation, n'a aucun immeuble, peut hypothéquer ceux qu'il pourra acquérir dans la suite, pour sûreté de la créance. Je pense que cette décision est fondée. Une pareille hypothèque n'est point en opposition avec l'art. 2129; elle entre dans l'esprit de l'art. 2130, et elle en est une conséquence. Il serait difficile d'établir une différence entre le cas où un débiteur qui possède des immeubles, les hypothèque, et hypothèque de plus, attendu leur insuffisance, ses biens à venir, et le cas où n'ayant point d'immeubles lors de l'obligation, il hypothèque, pour la sûreté du créancier, ses biens à venir. Au surplus, je renvoie aux motifs de l'arrêt, qui sont très judicieux. J'ajoute qu'il entre dans des vues saines et politiques, de faciliter les engagemens par les stipulations d'hypothèque, tant que les tiers ne souffrent aucun préjudice. Mais on sent que, dans un cas comme dans l'autre, l'inscription est nécessaire sur chacun des biens, à mesure qu'ils entrent dans le domaine du débiteur. Aussi, dans l'espèce de cet arrêt, cette précaution avait été prise par le créancier.

Il est encore à propos de remarquer que, dans les deux cas énoncés dans le présent n° et dans le précédent, le débiteur pourrait demander la réduction de l'hypothèque, si le créancier lui donnait une étendue excessive, comparativement au montant de la dette. La modification de l'hypothèque spéciale, qui résulte de l'article 2130, fait naître l'idée de rap-

procher cette hypothèque, ainsi modifiée, de l'hypothèque judiciaire, et même de l'hypothèque légale, à l'égard desquelles la réduction est admise. Lorsque le débiteur ne peut régler lui-même les limites de l'hypothèque conventionnelle, par l'effet de l'ascendant que le créancier prend sur lui, c'est le cas d'invoquer l'esprit de l'art. 2161. On ne doit pas le livrer à la fantaisie, à la dureté, ou à une crainte chimérique du créancier.

64. L'art. 2131 du Code offre encore une autre modification. Il porte : « Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présens, assujettis à l'hypothèque, eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisans pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra, ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque. »

La question de savoir s'il y a insuffisance, ou non, pour la sûreté du créancier, doit dépendre d'une expertise, à moins qu'en comparant le montant de la créance avec l'état survenu par le dépérissement, l'insuffisance ne devienne évidente. Ceci rentre dans l'art. 2209, où il est dit que le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués. Mais on sent aussi que cette insuffisance doit être établie, ou par le consentement des parties, ou par un jugement, d'après une expertise. On peut dire encore que l'option du remboursement (la loi suppose que le terme n'est pas échu) ou du supplément d'hypothèque, dont il est parlé dans l'art. 2131, semble devoir être déférée au débiteur, quoique la loi paraisse laisser, à cet égard, quelque équivoque. Dans le doute, tout s'interprète, pour l'exécution du contrat, en faveur du débiteur.

Il en est de ces cas, comme de celui d'une obligation contractée sous caution ; les immeubles donnés en hypothèque sont des agens matériels qui tiennent lieu de caution. Or, dans le cas d'une obligation contractée pour prêt, sous caution, lorsque la caution devient insolvable, l'obligation ne laisse pas de subsister. Le débiteur doit seulement en donner une autre. Telle est la disposition de l'art. 2020 du Code civil.

Mais il est bien entendu qu'en cas de supplément d'hypothèque, soit qu'il ait été volontairement accordé entre les parties par un acte authentique, soit qu'en cas de division entre elles sur les valeurs, il ait été fixé par les tribunaux, le créancier doit prendre inscription sur les immeubles qui forment ce supplément. L'inscription doit être prise en vertu du premier acte obligatoire, et de l'acte ou du jugement qui fixe le supplément, et l'hypothèque n'a effet que du jour de cette inscription. L'inscription prise sur les premiers objets hypothéqués ne saurait suppléer celle à prendre sur les nouveaux dont l'hypothèque doit également être connue des tiers. L'hypothèque reste toujours avec la qualité de conventionnelle, quant au supplément, et elle est assujettie aux principes qui règlent cette hypothèque.

65. Ce qui fait sentir la nécessité de stipuler avec attention la spécialité de l'hypothèque, c'est la question qui s'est élevée dans les tribunaux, de savoir si le créancier qui, sous l'empire du Code civil (ce qui aurait eu lieu également sous la loi de brumaire an 7), a stipulé une hypothèque générale, qui serait nulle, peut, avant l'exigibilité de la créance, contreindre son débiteur à lui donner une hypothèque spéciale. La Cour royale d'Aix s'est décidée pour la négative, par un arrêt du 16 août 1811, rapporté dans le Recueil de Denevers, *an* 1815, *pag.* 89, *au suppl.* Mais cette décision paraît dure. Une erreur sur une pareille stipulation ne saurait priver un créancier du droit de demander des sûretés qu'il croyait avoir, et qu'il n'a point. Il y a toujours eu l'intention de donner des sûretés hypothécaires ; et serait-il juste qu'un créancier, dans ce cas, fût forcé de voir un débiteur de mauvaise foi dissiper sa fortune, et vendre successivement ses biens, sans que ce créancier pût prévenir la

perte de sa créance? Au surplus, les circonstances peuvent influer, et il paraîtrait qn'il s'en présentait qui pouvaient avoir cet effet, d'après l'arrêt qu'on peut consulter.

Il y a quelque analogie entre cette espèce et celle dans laquelle la Cour royale de Riom, a rendu un arrêt le 25 mai 1816, rapporté dans le même recueil, *an* 1817, *pag.* 31, *au suppl.* Il a été jugé par cette Cour, et avec raison, que le débiteur qui a hypothéqué ses biens à une époque où il ne possédait aucun immeuble, pouvait être contraint à donner à son créancier une hypothèque spéciale sur ceux qu'il avait acquis depuis.

Mais de tout cela il résulte toujours qu'en principe une hypothèque générale, contractée sous le Code civil, serait nulle. Elle ne produirait aucun effet, non seulement contre celui qui l'aurait consentie, mais elle n'en produirait encore aucun contre ses héritiers. Il n'y aurait contre ceux-ci que l'action personnelle pour leur portion, et chacun d'eux ne serait point soumis à l'action hypothécaire pour le tout, sur les immeubles qui seraient échus à son lot; ce qui n'a lieu que pour le cas d'une hypothèque générale, légalement consentie comme telle. M. Chabot de l'Allier en fait judicieusement l'observation, dans son commentaire sur l'art. 873 du titre *des successions*, n° 13; et la Cour Royale de Riom, 2ᵉ *chambre*, l'a ainsi jugé par un arrêt du 6 janvier 1820, rapporté dans le Journal des audiences de cette Cour, 1ᵉʳ *cah. de* 1820, *pag.* 12.

88. De ce que j'ai déjà dit sur la nature et l'objet de l'inscription, il résulte que l'inscription qui, seule, donne à l'hypothèque son efficacité, n'est nécessaire que relativement aux tiers, et qu'elle ne l'est pas respectivement au débiteur. Le créancier hypothécaire, je veux dire celui qui aurait un titre simplement authentique, emportant hypothèque, pourrait donc poursuivre l'expropriation des biens du débiteur avec effet, sans qu'il eût pris une inscription, ou quand l'inscription, qu'il aurait prise serait nulle : les biens du débiteur ne sont pas moins obligés; et cela suffit ponr l'expropriation. Ce serait le cas de l'application du principe élémentaire, consigné dans l'article 2092 du Code : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présens et à venir. » Cette proposition est tellement évidente, que je pourrais me dispenser de la fonder sur un arrêt de la Cour d'appel de Liége, du 28 novembre 1808, rapporté par Denevers, *an* 1810, *pag.* 32, qui l'a ainsi jugé.

Cependant il faut remarquer qu'il est toujours prudent de s'inscrire, il y en a deux raisons. La première est que le créancier qui même poursuivrait l'expropriation, serait primé par les autres créanciers qui auraient rempli cette formalité avant lui. La seconde raison est que le créancier même poursuivant l'expropriation, qui ne se serait pas fait inscrire avant de commencer cette procédure, courrait le risque de supporter les frais de poursuites, si le débiteur aliénait les immeubles avant la dénonciation de la saisie, et si, d'ailleurs, ce débiteur était insolvable. Il y a plus; si, même après cette dénonciation, le créancier, par exemple, d'une somme de 20,000 fr., en vertu d'un titre authentique et exécutoire, mais sans inscription, eût entamé contre son débiteur la saisie de ses immeubles, valant 20,000 fr., et grevés d'une autre dette hypothécaire de 10,000 fr., il se verrait éconduit par un acquéreur volontaire, qui aurait acquis ces mêmes immeubles au prix de 10,000 fr.; car, en consignant ces 10,000 fr., il aurait satisfait au contrat et à la loi. Tel serait le résultat de l'art. 693 du Code de procédure civile. C'est aussi ce qu'observe judicieusement M. Tarrible, *Rép. de jur.*, *saisie immobiliaire*, § 8, *art.* 1ᵉʳ, n° 14; mais, en thèse générale, le créancier poursuivant, sans inscription, n'en est pas moins habile à poursuivre l'expropriation; et si les circonstances qui viennent d'être prévues n'arrivent pas, le prix de la vente servira à l'acquittement de sa créance et des frais.

On peut rapprocher de l'arrêt du 28 no-

vembre 1808, un autre arrêt de la Cour royale de Paris, du 15 avril 1809, qui a jugé que la poursuite d'un ordre ne pouvait pas être annulée par cela seul que l'inscription du créancier poursuivant était radicalement nulle. On sent l'analogie qu'il y a entre les deux espèces, sans qu'il soit besoin de l'expliquer. Ce dernier arrêt se trouve dans le même recueil, même *année* 1810, *pag.* 68, *au suppl.* Il y a encore quelque rapport entre ce dernier arrêt, et un autre de la Cour de cassation, du 10 février 1818, rapporté *ibid., an* 1818, *pag.* 95. Cet arrêt a jugé que tout créancier hypothécaire, quel que soit le rang de son inscription, a le droit de faire exproprier le tiers détenteur de l'immeuble qui lui est hypothéqué, sans qu'on puisse lui opposer un défaut d'intérêt, résultant de ce qu'il ne serait pas dans le cas d'espérer une collation utile.

Après ces explications préliminaires, je passe aux objets énoncées dans le titre de cette 2e section.

§ II.

Des formes constitutives de la spécialité. De la publicité de toutes les hypothèques, quelle qu'en soit la nature, et des formes de l'inscription.

SOMMAIRE.

67. *Des formes constitutives de la spécialité. Elle peut commencer par un acte sous signature privée, suivi d'une reconnaissance notariée.*
68. *Espèces particulières à ce sujet.*
69. *Objets importans que l'inscription doit faire connaître, d'après l'acte constitutif de l'hypothèque.*
70. *Changement de jurisprudence à cet égard. Principes sur lesquels il faut se fixer.*
71. *De la connaissance qui doit être procurée des objets hypothéqués. Indication des arrêts qui y sont relatifs.*
72. *De la connaissance qui doit être donnés du créancier et du débiteur.*
73. *Erreur sur les noms et prénoms du créancier et du débiteur.*
74. *Un créancier peut prendre inscription pour son débiteur. Du cessionnaire d'une créance, et du cas où le créancier serait décédé.*
75. *Des inscriptions prises pour une maison de commerce qui existe sous une raison sociale, et pour un établissement public.*
76. *Du cas où deux personnes ont particulièrement un droit différent sur le même objet.*
77. *De la connaissance de la créance.*
78. *L'inscription qui contiendrait, sur l'énonciation de la créance des erreurs nuisibles aux tiers, devrait être annulée.*
79. *De la mention de l'exigibilité.*
80. *Du cas où la nature du titre donne des idées suffisantes pour l'exigibilité.*
81. *Du cas d'une créance due en vertu d'un jugement.*
82. *Du cas où l'inscription annonce seulement que la créance est exigible.*
83. *De la publicité des hypothèques autres que l'hypothèque spéciale. De l'hypothèque judiciaire.*
84. *De l'inscription des hypothèques légales. Explication de l'art.* 2153.
85. *De l'inscription des hypothèques conventionnelles générales, antérieures à la loi de brumaire.*
86. *Le vice du mode de constitution de l'hypothèque ne pourrait être réparé par l'inscription*, et vice versâ. *Le débiteur ne peut jamais opposer une irrégularité qui proviendrait de son fait.*
87. *Le créancier inscrivant n'est point tenu de faire connaître le détenteur actuel de l'immeuble hypothéqué.*
88. *De l'effet des inscriptions prises le même jour.*
89. *Y a-t-il constitution d'hypothèque valable, dans la délégation non acceptée?*
90. *Ce qui est nécessaire pour qu'il y ait subrogation à l'hypothèque, quand on paie le créancier.*

67. La spécialité de l'hypothèque doit toujours être faite par un acte authentique, d'après l'article 2127, du Code civil. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite par le même acte qui contiendrait l'obligation; elle peut l'être par un acte postérieur ayant toujours la forme authentique : telle est la disposition de l'art. 2129.

Cependant, l'hypothèque résulterait encore d'un acte sous seing privé, contenant la spécialité, qui, après avoir été enregistré, serait reconnu devant notaire, par le débiteur, au profit du créancier. On sait qu'en pareil cas, le premier acte reste au pouvoir du notaire, et qu'il est annexé à la minute de la reconnaissance. On ne trouve, à cet égard, aucune disposition précise dans le Code civil; l'art. 2123 n'a trait qu'aux reconnaissances ou vérifications d'actes obligatoires sous seing privé, faites en jugement, ce qui rentre dans l'hypothèque judiciaire. Mais on ne peut douter qu'un pareil acte, ainsi reconnu, ne produisît l'hypothèque conventionnelle et spéciale. La raison en est que l'authenticité de la reconnaissance de l'acte se communique nécessairement à l'acte même. C'est aussi ce qui avait lieu avant la nouvelle législation. Je me contenterai de citer ce que dit Pothier, *Introd. au tit. 20 de la Cout. d'Orl.*, *ch.* 1er, *sect.* 1re, n° 13. « Les actes, dit-il, sous signature privée deviennent munis de l'autorité publique, et produisent l'hypothèque du jour de la reconnaissance qui en est faite *par-devant notaire* par le débiteur. » Il n'y a aucune raison de s'écarter de ce principe, sous le rapport de l'hypothèque spéciale établie par le Code civil. On peut dire, par l'application du même principe, que si l'acte obligatoire, passé sous seing privé, ne renfermait pas la stipulation de l'hypothèque avec spécialité, le débiteur pourrait, avec effet, stipuler cette hypothèque par l'acte notarié, portant reconnaissance de cet acte obligatoire. Le procédé que je viens d'indiquer n'est pas pratiqué ordinairement avec intention ; mais on peut y être engagé par l'effet de circonstances particulières.

68. Ce que je viens de dire a été regardé comme constant dans plusieurs contestations qui se sont élevées à l'occasion de l'effet que devaient avoir des actes sous seing privé. Ce qui le prouve, c'est qu'on est allé même jusqu'à valider une constitution d'hypothèque spéciale et une inscription, dans le cas d'un dépôt fait par le débiteur, chez un notaire, d'un acte obligatoire sous seing privé, qui contenait une stipulation d'hypothèque avec spécialité, et où il était dit, en même temps, que cet acte serait déposé chez un notaire, et qu'il en serait délivré une expédition en forme au créancier, aux frais du débiteur. Un jugement, confirmé par la Cour d'appel de Caen, déclara l'inscription valable, sur ce que le bail était devenu authentique par le *dépôt* qui en avait été fait chez un notaire. Le pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation, par un arrêt du 11 juillet 1815, rapporté par Denevers, *même année*, *p.* 459. Cet arrêt est motivé sur ce que, par le dépôt fait par les débiteurs *devant notaire, en exécution de l'obligation*, le contrat sous seing privé est devenu authentique, puisque l'acte déposé et l'acte de dépôt dressés par le notaire *se sont identifiés, et n'ont formé qu'un seul et même acte*. Cependant, il reste toujours l'objection qu'un dépôt seul n'est *qu'un fait*, et non une reconnaissance positive de tout ce qui est contenu dans l'acte déposé, et surtout une reconnaissance et une approbation de la constitution de l'hypothèque avec spécialité.

Au surplus, on sent combien il est à propos, pour éviter des difficultés, d'après les dispositions impératives des articles 2127 et 2129 du code, de suivre la marche tracée dans le n° précédent, et qu'en effet j'ai toujours vu pratiquer. L'acte de dépôt doit contenir une reconnaissance, une approbation du contenu en l'acte déposé. Mais on comprend bien qu'un

simple dépôt fait par le créancier entre les mains d'un notaire, sans le concours et la reconnaissance du débiteur, serait absolument inefficace, relativement à l'hypothèque, et on en sent facilement la raison.

Cette espèce a de l'analogie avec une autre que voici : Un particulier donne pouvoir, par un acte sous seing privé, de constituer une hypothèque spéciale sur des immeubles. Le procureur fondé constitue l'hypothèque par un acte notarié; et le créancier prend immédiatement inscription sur les mêmes biens, en vertu de cette hypothèque. Dans la suite, le même particulier qui avait donné pouvoir, par l'acte sous seing privé, de constituer l'hypothèque, contracte un autre engagement, et confère à un nouveau créancier une hypothèque sur les mêmes immeubles. Il s'élève un combat entre ces deux créanciers, sur la question de savoir quelle était celle des hypothèques qui devait obtenir la préférence. Un arrêt de la Cour de cassation, section des requêtes, du 27 mai 1819, rapporté par Denevers, *même année*, *pag.* 405, l'a accordée à la première. Cet arrêt est fondé sur ce que, en ce qui concerne le mandat, le code établit, comme règle générale, que tout mandat, quel qu'en soit l'objet, peut être donné par acte sous signature privée, et que, s'occupant, dans une disposition ultérieure, du mandat, à l'effet de consentir l'hypothèque, il ne déroge point à la règle qu'il vient d'établir; qu'il dit, et rien de plus, que ce mandat doit être *exprès*. L'arrêt est de plus fondé, en ce qui concerne l'acte constitutif de l'hypothèque, sur ce que cet acte est authentique et consenti par un mandataire spécialement autorisé à grever d'hypothèque les biens de son mandat.

La prudence exige que l'on prenne toutes les mesures convenables pour éviter d'aussi sérieuses difficultés dans une matière aussi importante. Or, on ne doit pas perdre de vue que les art. 2127 et 2129 du Code civil exigent impérieusement que l'hypothèque soit établie par un acte authentique. Elle est du droit civil; elle émane de la puissance publique; elle ne peut résulter que d'un acte passé devant un officier public, qui a reçu du souverain un caractère pour conférer l'authenticité. L'hypothèque doit donc moins émaner de l'acte que passerait un fondé de pouvoir, que de l'acte même souscrit par le débiteur. Quant aux articles du Code civil, relatifs à la forme du mandat, on sent qu'il faut les coordonner avec ceux du même Code, relatifs à la constitution de l'hypothèque, à laquelle on ne songeait même pas, lorsque le projet de loi sur le mandat fut adopté. Il est bien plus conforme aux principes que l'affectation spéciale d'hypothèque soit contenue dans l'acte de procuration, passé devant notaire, et que le fondé de pouvoir, par forme d'exécution, répète cette stipulation pour suppléer à l'absence du débiteur qui hypothèque.

Dans l'espèce du dernier arrêt, du 27 mai 1819, le débiteur, après la seconde obligation et constitution d'hypothèque, avait ratifié ses engagemens au profit du premier créancier; celui-ci avait pris une seconde inscription, *sans déroger à la première*. Or, à cet égard, je crois à propos de rappeler le principe que j'ai déja expliqué, d'après lequel cette ratification eût été absolument sans effet, si la première constitution d'hypothèque eût été nulle, les ratifications n'ayant jamais d'effet rétroactif au préjudice d'un tiers. Voyez le no 42, *pag.* 72.

69. Ce n'est pas seulement aux formes de l'acte par lequel un débiteur donne une hypothèque spéciale, qu'il faut faire attention. Il y a plusieurs objets sur lesquels, d'après les art. 2129 et 2148 du Code civil, il faut apporter le plus grand soin, afin de remplir exactement le vœu de la loi pour obtenir et conserver l'hypothèque. Le but de ces deux articles du Code est de faire connaître, 1o les immeubles hypothéqués; 2o le créancier; 3o le débiteur; 4o le montant de la créance, la date, la nature du titre et l'époque de l'exigibilité de la créance. Tout ce que la loi prescrit, pour procurer la connaissance de ces objets, est commun à la spécialité

et à l'inscription, puisque l'inscription doit être un tableau fidèle de la spécialité, et un extrait de toutes les parties de l'acte qui la constituent. Tels sont les seuls moyens par lesquels les tiers peuvent avoir cette connaissance; en sorte qu'il est impossible de détacher la spécialité de l'inscription, dans les explications dans lesquelles je vais entrer.

70. Mais, avant de m'y livrer, il est utile que j'indique une variation de jurisprudence, qui a eu lieu sur l'observation de ces formes. La matière en sera mieux connue, et on aura des idées plus justes sur l'esprit de la jurisprudence actuelle, et sur la nécessité de la maintenir.

Dans les premiers temps où la loi hypothécaire parut, il se forma dans les tribunaux, mais surtout dans la Cour de cassation, un système de la plus grande sévérité, sur l'observation des formes relatives aux objets dont la loi voulait qu'on donnât connaissance par la voie de l'inscription, et par conséquent, par le contrat constitutif d'hypothèque, dont l'inscription n'était et ne pouvait être qu'une relation. On croyait que l'esprit de la loi était dans sa lettre même; et les magistrats ayant envisagé la loi sous ce point de vue, se sentant astreints à cette sévérité par le mouvement de leur conscience, ne croyaient pas devoir l'arrêter par la considération des suites.

Les nullités, il est vrai, ne se suppléent pas; elles doivent être textuellement prononcées par la loi [1]; et il n'y a pas de nullités prononcées par les articles 2129 et 2148 du Code civil. Mais, disait-on, le principe se modifie, dans le cas de l'inobservation des formalités dont il s'agit Lorsqu'un bénéfice de la loi est accordé sous une condition, ce bénéfice ne peut exister sans l'accomplissement de cette condition. La loi, en voulant l'inscription, l'a voulue organisée comme elle l'est. Si elle n'est pas telle, c'est comme s'il n'y en avait pas. De là vint la doctrine des nullités *substantielles et absolues*.

Mais les suites de cette sévérité devinrent si funestes, il en résulta un si grand nombre de déchéances d'hypothèques, parce que l'observation exacte et scrupuleuse des formes était très difficile, qu'il se forma de fortes discussions qui répandirent enfin un nouveau jour sur cette matière; et il en résulta une modification considérable dans la jurisprudence. Cette modification a procuré le maintien de la loi sainement entendue, sans que les intérêts des créanciers inscrivans et des tiers soient blessés. Je pense que M. Merlin a contribué à la ratification de la première jurisprudence, par de sages observations, appuyées de forts raisonnemens, que j'ai remarquées dans quelques-uns des discours qu'il a prononcés, comme procureur général, à la Cour de cassation, lorsque les difficultés, du genre de celles dont il s'agit, se présentaient. Je me bornerai à exposer sous les yeux du lecteur quelques passages du discours qu'il prononça, lors d'un arrêt qui fut rendu le 15 mai 1809, entre la maréchale de Beauveau et la dame Testu-Balincourt, rapporté par Denevers, *an* 1809, *pag*. 406. Ces passages sont le résumé des autres parties du discours. Je les rapporte, parce qu'on s'y pénètre des vrais principes sur lesquels on doit actuellement se fixer, relativement aux difficultés de cette nature, que l'intérêt, ou plutôt la cupidité, fait naître encore journellement.

Il s'agissait d'une nullité relative à un défaut de désignation du domicile et de la profession du créancier; et je remarque que les observations qu'il faisait sur cette formalité, peuvent également s'appliquer à toutes les autres. Or, M. Merlin s'expliquait ainsi : « Cette peine de nullité (relative au défaut de désignation de domicile), la loi se garde bien de la prononcer; et pourquoi ne la prononçait-elle pas? parce que, mettant toute sa confiance dans le principe général, qui veut que la peine de nullité soit suppléée de plein droit dans toutes les dispositions qui prescrivent des formes *substantielles*, et qu'elle ne le soit jamais dans celles qui prescrivent des formes *secondaires*, elle

[1] Voyez au n° 17, pag. 17, ce que Mornac a dit là-dessus

se repose sur les juges du soin de distinguer quelles sont, parmi les formes qu'elle prescrit pour les inscriptions, celles qui tiennent ou ne tiennent pas à la substance de ces actes, c'est-à-dire, celles qui sont ou ne sont pas indispensables *pour faire connaître la créance, le débiteur, le créancier et les biens sur lesquels il s'agit d'acquérir hypothèque.* »

Il disait ailleurs : « Dans une inscription hypothécaire, le juge n'est lié que par la règle qui prescrit, à peine de nullité, la désignation claire et précise de la personne du créancier. Il peut ne pas appliquer cette règle au défaut de telle ou telle des indications que la loi exige pour établir cette désignation, lorsque, d'ailleurs, dans la cause où il s'agit de prononcer, il trouve, ou que ces indications sont suffisamment remplacées par d'autres, ou qu'elles sont inutiles pour faire connaître la personne du créancier. »

Il dit encore une chose très importaute : « L'inscription n'est instituée que pour donner aux priviléges et aux hypothèques une publicité propre à garantir les tiers intéressés de toute espèce de piège. L'objet légal de l'inscription est donc rempli, lorqsue, par la manière dont elle est conçue, elle manifeste au public la créance privilégiée ou hypothécaire qu'elle tend à conserver. »

Je dois remarquer, d'ailleurs, qu'on tombait dans une rigueur excessive en regardant les omissions comme des nullités *substantielles* ou *absolues*. La plupart de cette nullités ne doivent être, à proprement parler, que des nullités *relatives*, dont l'effet est bien différent. L'impropriété des mots conduit souvent à la confusion des choses. En effet, un débiteur ne pourrait pas attaquer de nullité une inscription, parce que les renseignemens qu'elle procurerait seraient imparfaits. Il connaît la situation du bien qu'il a hypothéqué, la nature et le montant de la créance qu'il doit ; et il n'y aurait que l'acquéreur ou le créancier postérieur qui pourrait souffrir de ce défaut de renseignemens ; en sorte que la nullité, s'il y en avait une, serait uniquement *relative* à ces derniers, qui, seuls, pourraient l'opposer. Il y a encore des cas où la nullité serait *relative* à un acquéreur qui pourrait l'opposer, comme y ayant intérêt, et où elle serait étrangère aux créanciers qui seraient non recevables à s'en prévaloir, parce qu'elle ne les intéresserait pas. Je crois qu'il est utile que je fasse connaître d'excellentes réflexions faites à ses sujet, et surtout relativement au défaut de mention de l'exigibilité, dont je m'occuperai bientôt, par M. Chabroud, • avocat à la Cour de cassation. Il y explique très bien la véritable nature de l'inscription et son objet ; ce qui, dans une inscription, est *substantiel* et ce qui est *accidentel* ; ce qui est *absolu* et ce qui est *relatif*. Ces réflexions sont contenues dans la discussion d'un arrêt de la Cour de cassation, du 4 frimaire an 14, rapporté dans le recueil de Dencvers, *an* 1806, *pag.* 154. Les moyens qu'il faisait valoir furent rejetés, mais ils se retrouvent aujourd'hui dans les principes [1].

Les progrès de la jurisprudence me

• Cet avocat disait avec autant de précision que de justesse : « On doit distinguer dans la forme d'une inscription, ce qui est *substantiel* et ce qui est *accidentel*, ce qui est *absolu* et ce qui est *relatif*.

« Ce qui est substantiel et absolu, en fait d'inscription, c'est l'inscription elle-même ; c'est l'énonciation du titre sans lequel il n'y a point d'hypothèque ; c'est celle de la date du titre qui fixe le rang de l'hypothèque ; la mention du montant de la créance qui assigne à l'inscription sa consistance ; c'est enfin l'indication des biens, par laquelle on attribue à l'hypothèque son application.

« Dans tous ces points, il y va de l'intérêt, et du débiteur, et de tous les tiers qui traiteront avec lui, et du fonds même de la chose ; on peut dire que là où tous ces points ne sont pas observés ; il n'y a point d'inscription.

« Quant à l'énonciation de l'échéance de la dette, elle est indifférente au fond de l'inscription ; car sa cause, sa consistance et son effet sont d'ailleurs déterminés. Il est sans intérêt pour le débiteur que cette créance soit énoncée, car il la connaît ; et de même pour les autres créanciers, car elle ne change rien à leurs droits. Tout au plus, l'acquéreur y a quelque interêt ; mais il peut s'informer avant de contracter ; et après avoir contracté, il peut interpeller, soit son vendeur, soit le créancier inscrit.

« Donc, s'il y avait eu nullité, elle n'aurait pas été absolue ; elle aurait été relative à l'intérêt des acquéreurs, et par

conduisent à dire qu'on en est venu à ce point, lorsqu'il s'agit de prononcer sur les difficultés de cette nature, qu'on doit se demander : l'omission ou l'erreur par laquelle on attaque l'inscription a-t-elle nui à quelqu'un? a-t-elle privé des connaissances nécessaires, relativement à l'intérêt des tiers? en un mot, le but de la loi a-t-il été rempli, ou non? S'il ne l'a pas été littéralement, l'a-t-il été au moins *virtuellement*, et je pourrais dire, en me servant de l'expression d'anciens jurisconsultes, *potentiellement*, *potentialiter?* Et, en annulant trop légèrement une inscription, ne doit-on pas craindre de favoriser une spéculation honteuse à laquelle se livreraient deux personnes, ainsi qu'on l'a vu, dont l'une aurait pour but d'acquérir à vil prix, et l'autre de se procurer un prix de vente quelconque, en se jouant d'une hypothèque qu'elle aurait déja constituée?

Mais, quelqu'utiles que puissent être ces idées générales, on sent qu'elles ne peuvent que préparer à mieux saisir des détails dont l'explication devient indispensable. Au surplus, dans cette explication, je gagnerai en abréviation ce que j'ai donné en étendue, en présentant ces idées générales, auxquelles je pourrai renvoyer, quand je le jugerai nécessaire.

71. Je viens d'abord à la connaissance qui doit être procurée des objets hypothéqués [1]. Suivant l'art. 2129 du code, l'acte constitutif de l'hypothèque conventionnelle doit déclarer *spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles* actuellement appartenant au débiteur; et l'art. 2148, § 5, exige que l'inscription contienne l'indication de *l'espèce* et de la *situation* des biens sur lesquels le créancier qui s'incrit entend conserver son hypothèque ou son privilége. On trouve les mêmes dispositions dans les articles 4 et 17 de la loi du 11 brumaire an 7. Ce sont ces mots, *nature*, *situation*, *espèce*, qui ont donné lieu à de grandes difficultés. Mais, d'après le sage tempérament admis depuis quelques années, ces difficultés s'aplanissent.

S'il s'agit de constituer une hypothèque spéciale sur un ou sur quelques immeubles pris particulièrement, qui composent toute la fortune du débiteur, ou qui même seraient choisis parmi beaucoup d'autres dont il serait propriétaire, c'est alors qu'il faut redoubler de soins et d'attention, pour déterminer avec précision ce qui fait l'objet de l'hypothèque. On doit prendre toutes les précautions possibles pour faire disparaître toute équivoque. On y parviendra en indiquant la nature de l'immeuble, en disant si c'est un bâtiment, une usine, etc., ou un fonds rural, et en faisant connaître, dans ce dernier cas, l'espèce de l'objet; c'est-à-dire, si c'est une terre, une vigne, un pré, etc. On apprendra aussi la situation par la dénomination du territoire, de la commune, et même du village dont dépend l'objet hypothéqué. Mais on sent surtout combien il est important de désigner encore l'objet par ses confins, ou, au moins, par quelques-uns, si on ne peut les avoir tous. Si l'objet donné en hypothèque est une maison, il est prudent d'en indiquer, outre la rue, le numéro, lorsqu'elle est située dans une ville où les maisons sont ainsi marquées; en un mot, il faut faire en sorte qu'il devienne raisonnablement impossible de se tromper sur ce qui forme le sujet de l'hypothèque.

Mais il y a moins de risque à courir, et la connaissance de ce qui est hypothéqué se procure plus facilement, si l'hypothèque a été constituée sous une forme *universelle*, que si elle l'est sous une forme *individuelle*, qui est celle sur laquelle je viens de m'expliquer. On comprend aisément qu'une déclaration d'hypothèque, quoique donnée sous une forme générale en apparence, lorsqu'elle est restreinte aux immeubles, de quelque nature qu'ils soient, qui sont situés dans une commune qui est

---

conséquent elle n'aurait pu être prononcée en faveur des créanciers »

[1] Après m'être expliqué sur les formalités, j'ai remarqué que je n'avais pas poursuivi les objets dans l'ordre indiqué par l'art. 2148 du code; mais j'ai été aussi convaincu que cela était indifférent pour la discussion.

indiquée avec précision, est beaucoup moins susceptible d'équivoque, que celle d'une hypothèque qui frappe sur un objet isolé qu'il faut distinguer parmi plusieurs autres. Au premier cas, l'indication des dépendances territoriales dans lesquelles les objets hypothéqués sont situés, devient seule un régulateur suffisant pour la détermination de ce qui est soumis à l'hypothèque, abstraction faite de tout ce qui peut tenir à la *nature*, à *l'espèce* et aux confins.

Cependant, un arrêt de la Cour de cassation, du 23 août 1808, rapporté dans le Bulletin des arrêts de cette Cour *tom.* 10, *pag.* 233, a annulé deux hypothèques spéciales dont l'une portait sur *les biens* que le débiteur *possédait dans l'étendue du bureau des hypothèques établi à Muret*, et dont l'autre était constituée *sur tous les biens situés dans les communes de Pinsaquet et de Roques, arrondissement du bureau des hypothèques établi à Muret.* Le tribunal de Muret et la Cour d'appel de Toulouse avaient déclaré que les hypothèques ainsi stipulées étaient valables, attendu que les contrats affectaient des biens que le débiteur possédait dans une commune désignée, et que par là la situation des immeubles hypothéqués était suffisamment indiquée, et que si l'on n'en avait pas désigné la nature, en déclarant qu'ils consistaient en maison, jardin et fonds de terre, cette désignation était assez inutile, s'agissant d'immeubles situés à la campagne, dans une même commune, et composant un même corps de bien pour leur destination. Mais la Cour de cassation motiva son arrêt sur ce que les inscriptions étaient absolument muettes sur la *nature* des biens prétendus hypothéqués; que les art. 4 et 17 de la loi de brumaire exigeaient l'indication de la *nature* et de l'espèce des biens hypothéqués.

Un autre arrêt de la même Cour, du 20 février 1810, rapporté dans le même Bulletin, *tom.* 12, *pag.* 16, et encore par Sirey, *an* 1810, 1re *partie*, *pag.* 178, et par Denevers, *an* 1810, *pag.* 107, a jugé dans le même sens. Le sieur Bertail avait hypothéqué, le 17 germinal an 7, au sieur Courbon, *tous ses biens présens situés dans la commune de Saint-Genest;* et, en vertu de cet acte, Courbon avait pris inscription sur UN CORPS DE DOMAINE *situé au lieu de la commune et aux environs, commune de Saint-Genest.* La spécialité de l'hypothèque et l'inscription furent attaqués par le prétendu défaut d'indication de la nature et de la situation. Ce moyen, adopté par le tribunal de Saint-Etienne, fut rejeté par la Cour d'appel de Lyon, qui confirma l'hypothèque et l'inscription. Sur le pourvoi, l'arrêt fut cassé, par la raison qu'il n'y avait désignation ni de situation ni de nature des immeubles affectés à l'hypothèque. Mais ces deux arrêts, ainsi que quelques autres que je me dispense de rapporter, se ressentent de la sévérité de laquelle on est revenu.

Aussi par un arrêt du 25 novembre 1813, rapporté par Sirey, *tom.* 14, *pag.* 44, la Cour de cassation a jugé que l'indication de la commune dans laquelle sont situés les biens hypothéqués, n'est pas indispensable pour la validité de l'hypothèque et de l'inscription, lorsque d'autres circonstances font suffisamment connaître les immeubles sur lesquels l'hypothèque se détermine. Pour abréger, je renvoie à l'arrêtiste pour la connaissance particulière de l'espèce.

A mesure qu'on avance dans la connaissance des arrêts rendus depuis, et qui ont formé une nouvelle jurisprudence, on voit que les tribunaux n'ont plus exigé une observation superstitieuse et judaïque des formes; il suffit que le vœu de la loi soit rempli, et on rejette des critiques qui peuvent être suggérées par la cupidité, mais que la bonne foi désavoue.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 15 juin 1815, a validé une inscription prise en conséquence d'une constitution d'hypothèque sur *le bien de Beaudoin, composé de deux domaines et une réserve, situés au lieu de Beaudoin, commune de Saint-Lorey-des-Harleix, canton de Jumilhac, arrondissement du bureau des hypothèques de Noutron, département de*

la Dordogne. L'objection, qui consistait à dire qu'on ne voyait pas là la *nature* des immeubles dont se composait chaque domaine et la réserve, fut rejetée. La Cour royale de Riom, par un arrêt du 24 février 1816, n'a point admis une demande en nullité d'une constitution d'hypothèque et inscription, dans une espèce semblable. Je dois cependant faire observer que la Cour de cassation, par un arrêt du 16 août 1815, a annulé une inscription prise en ces termes : « Sur un domaine, ou bien de campagne, portant tel nom et situé dans telle commune », parce qu'il n'y avait pas une désignation suffisante de la *nature* et de l'*espèce* des immeubles. Mais en prenant une connaissance particulière de l'arrêt, on est disposé à croire que quelques circonstances particulières et locales ont pu influer sur la décision [1].

On doit remarquer que les inscriptions devant être faites, d'après l'article 2146 du Code civil, au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilége ou à l'hypothèque, si la constitution de l'hypothèque porte sur des biens situés sur plusieurs arrondissemens, il faut une inscription particulière dans chaque bureau de conservation d'hypothèque, pour les objets situés dans son ressort, avec les désignations propres à les faire connaître. Cela doit avoir lieu, même pour le cas de l'hypothèque assise en gros sur un domaine ou bien, collectivement vendu, dont certaines parties seraient situées dans des arrondissemens voisins, autres que celui du chef-lieu d'exploitation, ou manoir du domaine ou bien hypothéqué. Tel est encore le résultat de l'art. 2192.

72. Je viens à la manière dont doit être procurée la connaissance du créancier et du débiteur. On puise, à cet égard, les élémens dans l'article 2184 du Code civil.

Le créancier et le débiteur ne peuvent être connus, en général, que par leurs noms, prénoms et domiciles, et par leur profession, s'ils en ont une. On avait pu croire, lorsqu'on prenait à la lettre chaque expression du code, concernant les formalités de la constitution d'hypothèque et de l'inscription, qu'il y avait autant de nullités que de violations littérales de la loi ; que chacune de ces mentions devait se trouver dans l'inscription, à peine de nullité, soit en ce qui concernait le créancier, soit en ce qui regardait le débiteur; mais on est aussi venu, et par les mêmes raisons que j'ai exposées dans le n° 70, au même tempérament admis pour les autres formalités.

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation, du 1er octobre 1810, a déclaré valable une inscription, quoiqu'elle ne contînt pas la mention de la profession du créancier (il était marchand coutelier à Besançon.) La Cour ne s'arrêta pas à l'objection tirée des nullités *substantielles* et *absolues*. Le motif de la décision est important; elle est fondée sur ce que « la désignation de la profession du créancier inscrivant, n'étant pas requise par la loi à peine de nullité, cette peine ne pourrait être suppléée par le juge qu'autant que cette désignation pourrait être considérée comme une formalité *substantielle* et *intrinsèque* de l'inscription ; mais qu'on ne peut qualifier de formalité *intrinsèque* et *substantielle* à l'acte d'inscription, la désignation de la profession du créancier inscrivant, qui n'en est qu'un accessoire purement accidentel, surtout lorsque, comme dans l'espèce, le débiteur hypothécaire n'a pu se méprendre, et ne s'est aucunement mépris, en effet, sur la personne du créancier inscrivant. »

Un arrêt de la Cour royale de Paris, du 16 février 1809, et un autre de la Cour de cassation, du 15 mai de la même année, avaient déjà jugé les questions les plus importantes, en admettant l'équipollence des indications sur les mentions des noms et domicile du créancier et du débiteur. Il résulte de ces arrêts, que des héritiers d'un créancier ont pu prendre, sous ce nom collectif, et sans leurs dési-

[1] On peut voir les trois derniers arrêts que je viens de citer, dans le recueil de Denevers, an 1815, pag. 332; an 1817, pag 34, au suppl., et 1816, pag 40.

gnations individuelles, une inscription hypothécaire, lorsque le créancier décédé est désigné individuellement. Cela a été ainsi jugé, contre ce qui avait été décidé par un arrêt du 7 septembre 1807.

La connaissance du débiteur est encore plus importante que celle du créancier; et cependant la loi (art. 2148) n'exige pas aussi rigoureusement dans les bordereaux, les énonciations relatives aux débiteurs, que celles relatives aux créanciers. M. Favard, *Traité des hypothèques*, *pag.* 112, donne judicieusement la raison de cette différence. « Le créancier inscrivant, dit-il, connaît toujours ses nom, prénom, domicile et profession; et l'omission de leur énonciation, dans le bordereau de son inscription, ne peut être excusée. Au contraire, le créancier inscrivant peut souvent ignorer les prénoms de son débiteur, son domicile et sa profession; s'il était indispensablement tenu de les énoncer dans les bordereaux sur lesquels il requiert l'inscription de son hypothèque, il se trouverait alors exposé à ne pouvoir faire une inscription valable, et par suite, à perdre sa créance, sans qu'on pût lui reprocher ni faute, ni négligence. Il était donc juste que la loi vînt à son secours, et lui donnât les moyens de suppléer aux énonciations relatives à son débiteur, qu'il ne pourrait donner, sans cependant préjudicier au système de la publicité, et sans nuire, par suite, à l'intérêt des tiers. C'est ce qu'elle a fait en admettant, à défaut des énonciations prescrites, une désignation individuelle et spéciale du débiteur, pourvu que cette désignation le signale si complètement, qu'il puisse être reconnu et distingué dans tous les cas. »

C'est donc avec raison que M. Merlin disait, en concluant sur la contestation d'entre la maréchale de Beauveau et la dame Testu de Balincourt, que la loi permet de remplir, par *équipollence*, la condition qu'elle impose au créancier, de désigner les nom, prénom, profession et domicile du débiteur. Il faut observer que, d'après l'art. 2149 du Code civil, les inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée, peuvent être faites sous la simple désignation du défunt. Les désignations individuelles de ses héritiers ne sont pas nécessaires. Comment donc aurait-on pu prétendre le contraire, relativement aux désignations individuelles des héritiers d'un créancier? La désignation exacte du débiteur suffit, pourvu, bien entendu, que les autres formalités prescrites aient été remplies, et que tout ce qui doit être connu le soit.

73. Un arrêt de la Cour de cassation, du 15 février 1810, rapporté par Sirey, *tom.* 10, 1re *partie*, *pag.* 170, a maintenu une inscription, quoique prise sous le nom de *Pierre-Barthélemy Gallet*, comme créancier, tandis que le véritable nom du créancier était *Jacques-François Gallet*. L'erreur était évidente : il y avait deux frères, dont l'un était *Pierre-Barthélemy*, et l'autre était *Jacques-François*, qui était le véritable créancier. L'intention n'avait pu être d'inscrire *Pierre-Barthélemy*, puisque le titre de créancier était au nom de *Jacques-François*, et que, d'ailleurs, *Pierre-Barthélemy* était mort avant l'inscription. L'arrêt est motivé sur ce qu'une erreur dans les prénoms du créancier ne vicie pas l'inscription qu'il prend, lorsqu'il est autrement désigné d'une manière certaine, et que, par l'arrêt attaqué, il avait été décidé, en fait, que le créancier *Jacques-François Gallet*, inscrivant, avait été suffisamment désigné dans l'inscription. On peut voir encore un arrêt de la même Cour, du 17 novembre 1813, rapporté dans le recueil de Denevers, *an* 1813, *pag.* 283, qui contient une décision motivée d'une manière encore plus précise, et en termes plus forts, relativement à des omissions reprochées sur l'indication de la profession et du domicile réel, tant à l'égard du créancier qu'à l'égard du débiteur.

74. Outre ce qui vient d'être dit, il résulte de l'arrêt de la Cour royale de Paris, du 16 février 1809, de celui de la Cour de cassation, du 15 mai de la même année, et des réflexions que faisait M. Merlin, lors de ce dernier arrêt,

1° Que tout créancier ayant la faculté

d'exercer les droits de son débiteur, peut prendre, à son profit, inscription pour ce débiteur, sur ceux dont ce dernier est créancier. C'est un des points décidés par l'arrêt du 16 février 1809. On voit dans l'espèce de cet arrêt, que la dame veuve Hocquart avait pris inscription sur les biens du sieur de Crussol, tant en son nom en qualité de commune, *que pour la succession et représentans Hocquart, et encore comme créancière de ladite succession*.

2° Qu'une inscription peut également être prise, avec effet, sous le nom d'un créancier qui même serait décédé. On sent que la mort peut arriver entre l'ordre donné de faire l'inscription, et le jour où l'instruction se fait. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation, du 15 ventôse an 13, rapporté par Denevers, *même année*, *pag.* 322, a prononcé la validité d'une inscription prise au nom d'un individu qui avait cédé sa créance, et qui même était déjà décédé.

Je viens de parler du cas où un cessionnaire prend inscription au nom de son cédant. Mais, supposons que le cessionnaire prenne inscription lui-même en cette qualité de cessionnaire; peut-il le faire, quoique la cession soit sous seing privé, mais enregistrée? J'ai vu élever, à cet égard, des difficultés, mais je ne saurais en voir le fondement.

Il faut bien, pour prendre une inscription, un titre authentique et exécutoire. Mais l'inscription prise par un cessionnaire dont la cession est sous seing privé et enregistrée, a pour fondement, non la cession, mais le titre qui établit la créance. Ce qui est important, c'est que le créancier et la créance soient connus; sauf, au moment de l'ordre, s'il y avait lieu, la discussion sur l'effet et la validité de la cession. Mais cette discussion ne pourrait intéresser que le créancier, et celui qui se prétendrait son cessionnaire.

Il est bien vrai que M. Tarrible, *Rép. de jurisp.*, au mot *Saisie immobilière*, § 5, n° 2, est d'avis que le transport de la créance doit lui-même être fait par un acte authentique et exécutoire, et qu'il doit être suivi de la notification du même transport au débiteur, ou de son acceptation de ce transport. Mais il s'en explique que pour le cas où le cessionnaire de la créance veut faire procéder à la saisie immobilière sur le débiteur. Cela peut n'être pas sans difficulté, même pour ce cas; c'est, au surplus, ce qu'il est inutile que j'examine ici. Mais je ne puis croire à la nécessité de l'authenticité de la cession pour l'inscription; elle ne peut être motivée sur aucune disposition législative. Il est vrai encore que l'art. 1690 du Code civil porte que le cessionnaire peut être saisi par l'acceptation du transport, *faite par le débiteur par un acte authentique*. Mais ce cas est bien différent de celui dont il s'agit. Cette acceptation supplée au défaut de notification de la cession au débiteur. Elle n'est pas nécessaire, relativement au cédant; elle ne l'est que respectivement au débiteur, pour prévenir le paiement qu'il pourrait faire au cédant, dans l'ignorance de la cession, et aux autres créanciers du cédant qui pourraient faire saisir et arrêter entre les mains du débiteur; mais, hors ces cas, la notification de la cession, ou l'acceptation de cette cession de la part du débiteur, n'est point nécessaire. Le cédant ne peut jamais attaquer sa propre cession; il n'y a donc pas de parité d'un cas à un autre. On sent encore que souvent il y aurait du danger de suspendre l'inscription, qui est un acte conservatoire, jusqu'à la notification de la cession, ou jusqu'à son acceptation.

Au surplus, comme il est toujours sage d'aller au devant des difficultés, on agira prudemment en se procurant une cession notariée.

75. Lorsqu'il s'agit d'une créance qui appartient à une maison de commerce qui existe sous une raison sociale, il ne faut pas nécessairement que l'inscription contienne de prénom. Un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 1er mars 1810, rapporté par Sirey, *an* 1810, *pag.* 180, a déclaré valable une inscription prise sans prénom par la maison de commerce Palmaërt et Opdenberg, laquelle n'avait elle-même

point de prénom, considérée moralement ou comme raison sociale. Cette décision est si juste en elle-même, qu'il suffit de la rapporter sans aucune réflexion. On ne saurait voir de différence entre le cas dont il s'agit et celui où une inscription aurait été prise à la requête des chefs ou administrateurs d'un établissement public; et, pour ce dernier cas, on peut consulter un arrêt de la Cour royale de Colmar, du 25 avril 1817, dans le recueil de Denevers, *an* 1818, *pag.* 24, *au suppl.* Cette Cour a jugé, et avec raison, qu'une inscription prise au nom d'une administration ecclésiastique, par son receveur, n'était pas nulle, pour ne pas avoir énoncé les noms et prénoms de celui-ci; et qu'il peut faire élection de domicile dans sa propre demeure pour l'administration. On sent qu'on peut porter les mêmes décisions pour tous établissemens publics quelconques. J'observerai néanmoins qu'il est plus à propos que l'inscription soit prise au nom des chefs des établissemens.

76. Mais il faut remarquer que si deux personnes ont sur le même objet, un droit différent, si l'une, par exemple, en a l'usufruit ou une jouissance temporaire, et l'autre la propriété, il faut, de la part de chacune d'elles, une inscription pour la conservation de ce qui lui appartient particulièrement. L'inscription, prise seulement pour ce qui concerne un créancier inscrivant, serait impuissante pour la conservation de ce qui appartiendrait à une autre personne sur le même objet. La question peut s'élever en plusieurs sens. Elle se présenterait, par exemple, dans le cas où, soit une créance ordinaire, soit une rente foncière ou constituée, appartiendrait à plusieurs personnes; il faudrait autant d'inscriptions nominatives qu'il y aurait de créanciers, à moins que, par la nature des choses, il existât pour ces créanciers, qui seraient ce qu'on appelle en droit *correi credendi*, une solidarité telle qu'on pût dire que l'inscription prise par l'un d'eux pour la totalité, dût suffire pour la conservation des droits de tous.

La question se présenterait encore dans le cas où il s'agirait d'une créance dont l'usufruit appartiendrait à un particulier, et la propriété à un autre. L'inscription qui serait faite par l'usufruitier ne conserverait le droit que sous le rapport de l'usufruit, il n'y aurait pas de conservation du droit d'hypothèque pour la propriété.

On pourrait invoquer, à l'appui de la décision que je viens de prendre, un arrêt de la Cour de cassation, du 14 frimaire an 14. Dans l'espèce de cet arrêt, une dame Lemaigre, née Fillemain, avait pris inscription pour un douaire préfixe de 1,000 francs de rente, au capital de 20,000 fr. Ce douaire d'après son contrat de mariage, était propre aux enfans qui naîtraient du mariage. Il s'éleva la question de savoir si cette inscription devait, ou non, avoir l'effet de conserver aux enfans le capital du douaire, pour la conservation duquel il fallait inscription, dans les principes de la loi de brumaire, ou si elle conservait seulement la jouissance du douaire pendant la vie de la dame Lemaigre, en cas que cette jouissance eût lieu par sa survie à son mari. On soutenait que, d'après l'art. 17 de la loi de brumaire, le fonds du douaire n'aurait pu être conservé aux enfans qu'autant qu'il y aurait eu une inscription prise en leur nom; et cela fut ainsi jugé. Cet arrêt fut conforme aux principes; une inscription ne peut conserver que ce qui en est l'objet. Toute autre créance ne peut l'être que par une inscription qui le concernerait directement, qui serait prise sous le nom du créancier, ou qui, dans certains cas, tels que ceux dont je viens de parler, l'aurait été pour lui, mais toujours sous son nom.

77. J'en viens à ce qui concerne la connaissance que l'inscription doit procurer sur la créance. Il est dit, dans l'art. 2148 du Code civil, que l'inscription contiendra l'énonciation de la date et de la nature du titre, du montant du capital des créances exprimées dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée; comme

aussi le montant des accessoires de ces capitaux, et l'époque de l'exigibilité.

Mais un créancier inscrit devrait-il être déchu de sa créance, parce que, sur ces indications, il se serait glissé dans l'inscription une omission ou une erreur, qui, au fond, serait sans conséquence? Trois arrêts de la Cour de cassation, l'un du 22 avril 1807, l'autre du 7 sept. de la même année, que j'ai déjà cité à l'occasion d'une autre question qu'il décide, rapportés par Denevers, *an* 1807, *p.* 234 *et* 516, *suppl.;* le troisième, du 5 septembre 1808, qu'on trouve dans le même recueil, *an* 1808, *pag.* 475, ont paru excessivement sévères sur l'exécution de la loi en cette partie. Le premier a déclaré une inscription nulle, parce qu'elle ne mentionnait pas la date du titre, ni l'époque à laquelle la créance avait pris naissance. Cependant l'inscription contenait une mention, à laquelle il résultait, au moins implicitement, que la connaissance de cette date et de cette époque avait été suffisamment donnée. Dans l'espèce du second arrêt, une inscription fut annulée sur le fondement qu'elle avait été faite en vertu d'une sentence du Châtelet de Paris, du 13 *septembre* 1777; tandis qu'il n'existait sous cette date aucune sentence au profit des héritiers Guillauden, inscrivans, celle qui faisait véritablement leur titre étant du 13 *novembre*, et non du 13 *septembre*, d'où l'on tirait l'induction qu'on ne trouvait pas dans l'inscription l'énonciation *de la date du titre* en vertu duquel l'inscription avait été prise. Il n'y avait d'autres nullités opposées; mais celle-ci fut accueillie comme les autres. Par le troisième arrêt, une inscription a été aussi annulée, parce qu'elle ne contenait pas la mention du capital de la créance et des accessoires. Cependant, dans cette espèce, le sieur Hertzoq s'était rendu caution du sieur Darecourt, adjudicataire d'une coupe de bois dans une forêt nationale, sous diverses conditions et charges, et au prix de 38,400 francs. L'inscription du sieur Hertzoq était la première en date, et elle était en ces termes : « Afin de sûreté et garantie du cautionnement souscrit par ledit Hertzoq, en faveur du débiteur, au profit du gouvernement, résultant d'un acte passé devant Mignard et son confrère, notaires à Paris, le 13 ventôse an 10, sur une maison à Soissons, etc. » La Cour de cassation se décida sur ce que l'art. 17 de la loi de brumaire *prescrit la mention expresse du capital et des accessoires.* Il serait au moins bien douteux qu'on jugeât ainsi aujourd'hui dans les mêmes espèces, parce qu'on voit invoquer dans ces arrêts le principe des nullités *substantielles*, des nullités *absolues*, sur lesquelles on s'est formé depuis d'autres idées.

On pourrait être encore autorisé à penser qu'on ne devrait attacher aucune importance à une erreur matérielle, qui consisterait en ce qu'on aurait donné à un titre la date *du* 13 *septembre*, au lieu de celle *du* 13 *octobre* ou *du* 13 *novembre* ou *décembre*, surtout si l'année était la même. Si un créancier inscrivant n'avait pu avoir, au moment de l'inscription, le titre constitutif de l'hypothèque, et qu'il prît l'inscription, à la date de cette hypothèque, en vertu d'un titre postérieur qui rappellerait le titre originaire avec sa date, cette inscription devrait conserver l'hypothèque. Un arrêt de la Cour de cassation, du 4 avril 1810, rapporté par Denevers, *même année*, *pag.* 159, avait déclaré nulle une inscription prise par le cessionnaire d'une créance, par la raison qu'elle l'avait été seulement en vertu de la cession, quoique cette cession contînt la mention du titre originaire et de sa date. Mais cet arrêt se ressent de l'ancienne sévérité. Aussi, la même Cour a jugé, le 7 octobre 1812, qu'il suffisait qu'un cessionnaire fît mention, dans son inscription, de sa qualité de cessionnaire, et de la date du titre primitif; et, le 11 août 1819 [1], elle a décidé que le cessionnaire, qui renouvelle l'inscription prise par son cédant, n'est pas obligé d'énoncer, dans son inscription, l'acte par lequel il est devenu

---

[1] Voyez ces deux arrêts dans le recueil de Denevers, an 1813, pag. 121, et an 1819, pag. 491.

cessionnaire : il a même été jugé qu'une inscription est valablement renouvelée par le cessionnaire, quoique l'acte de cession ne fût que sous seing privé, et qu'il n'eût pas été notifié au débiteur.

M. Tarrible, dans son article du Répertoire de jurisprudence, au mot *Inscription hypothécaire*, § 5, *n*° 10, s'est expliqué sur la nature et la date du titre, en des termes qui méritent d'être rapportés. « L'art. 2148 du Code civil exige de plus (que la loi de brumaire an 7) la déclaration de la nature du titre; et cette déclaration servira à découvrir la nature du droit appartenant au créancier inscrivant, ce qu'il importe de connaître. Ainsi, lorsqu'on saura que la créance inscrite est fondée sur un contrat de vente, ou sur un partage de succession, on jugera que l'inscription a pour objet le privilége du vendeur, pour le prix de l'immeuble vendu, ou celui du copartageant, pour la sûreté qui lui est due; lorsqu'on saura que la créance dérive d'un jugement, on apprendra que l'hypothèque qui l'accompagne, embrasse la généralité des biens présens et à venir du débiteur; enfin, lorsque l'on verra que le créancier inscrivant fonde son droit hypothécaire sur une obligation sous signature privée, non avérée, ou sur un procès verbal de conciliation, on sera convaincu d'avance que ce droit n'est qu'une illusion, et on consommera, avec confiance, les traités entamés avec le débiteur. Tel est le but positif d'utilité que la loi s'est proposé en prescrivant aux créanciers l'indication de la date et de la nature du titre. L'omission de ces deux formalités, ou seulement de l'une d'elles, répandrait sur la déclaration une obscurité totalement opposée à l'esprit de la loi. L'omission de la date du titre laisse dans l'incertitude sur l'époque plus ou moins reculée où elle remonte. L'omission de la nature du titre rejette dans le vague la cause de la créance et l'idée qu'on peut s'en former....... Nous pensons, d'après ces motifs, que ces deux conditions sont essentielles, et doivent être *rigoureusement* remplies, pour opérer la validité de l'inscription. »

Voilà d'excellens principes, et parfaitement développés par un magistrat très versé dans la matière. Il y a, dans tout ce que dit M. Tarrible, une exposition exacte de la disposition de la loi et de ses motifs. C'est aussi par cette raison que j'ai cru devoir transcrire son opinion. Mais on y voit le vœu d'une perfection vraiment désespérante, par la difficulté d'y atteindre, au moins dans toutes les circonstances. Si, en pratique, ce rigorisme n'a pu être supporté; s'il en est résulté des déchéances nombreuses d'hypothèques, il a bien fallu trouver des moyens pour venir au secours des créanciers, de manière néanmoins à ne pas nuire aux intérêts des tiers, et que la loi fût respectée. Or, c'est ce qu'on a fait en recourant aux équipollences. Ainsi, en adoucissant ce qu'a dit M. Tarrible, par l'admission des équipollences, son opinion reste entière. Telle a été aussi la marche de la Cour de cassation; sa sagesse et son expérience l'ont engagé à apporter quelques modifications à une sévérité de principes dont elle s'était aussi montrée jalouse, par une grande pureté d'intention, croyant pouvoir faire exécuter la loi avec une ponctualité qui n'eût rien laissé à désirer.

Aussi la jurisprudence des équipollences sur la formalité dont il s'agit, comme sur les autres dont j'ai déjà parlé, est établie par une foule d'arrêts. J'évite de trop m'appesantir sur une aride nomenclature d'arrêts que je suis obligé de puiser dans les mêmes recueils. Je me bornerai à renvoyer, à ce sujet, à des arrêts de la Cour de cassation, des 17 août et 17 novembre 1813, à la discussion qui a préparé un arrêt du 3 janvier 1814, à d'autres arrêts des 9 novembre 1815, 11 mars 1816, et 3 février 1819 [1]. J'observerai que l'arrêt du 17 novembre 1813 a jugé que

[1] Voyez Denevers, an 1814, pag. 109 et 617; an 1813, pag. 283; an 1815, pag. 592; an 1816, pag. 320, et an 1819, pag. 189.

Je me serais prodigieusement allongé, si j'avais rapporté littéralement les espèces, les motifs et les dispositifs des arrêts que je cite dans ce n° : j'ai cru devoir m'en dispenser

l'omission du nom du notaire qui a reçu l'acte constitutif de la créance ne donne pas lieu à la nullité de l'inscription, et qu'il en est de même de la date alternative, ajoutée par le conservateur des hypothèques à celle de l'inscription, en disant, par exemple, que la créance résulte d'un acte *du 4 décembre* 1770, *ou* 1778.

78. Cependant, si l'on doit s'éloigner d'une sévérité excessive, qui procurerait des injustices sans objet, on doit aussi se préserver d'un relâchement des principes, duquel il pourrait résulter que l'inobservation des règles nuirait à des tiers qui seraient de bonne foi. Ainsi, si les erreurs qui se seraient glissées dans une inscription étaient telles qu'un acquéreur ou un créancier eussent ignoré ce qu'ils auraient dû connaître, et que cette ignorance les eût fait tomber dans quelque piége, alors il est sans difficulté que l'inscription devrait être annulée. La violation de la loi ne peut avoir un effet irréparable au préjudice des tiers pour l'intérêt desquels les formes sont établies. Ce ne serait donc que dans le cas où l'erreur ne pourrait tirer à conséquence, où elle n'aurait pu empêcher les tiers de savoir ce qu'il était de leur intérêt qu'ils sussent, que l'on pourrait se dispenser de s'y arrêter.

Ce n'est donc que contre une observation purement littérale et judaïque de la loi, contre une sévérité sans objet, qui produirait, en pure perte, une déchéance d'hypothèque, qui est une propriété dont la conservation a été l'objet de la loi même, que l'on peut se prononcer, en comparant la jurisprudence actuelle à la jurisprudence précédente, relativement aux formes. On doit donc s'attacher à remplir, le plus exactement qu'il est possible, les formalités prescrites par la loi; à faire en sorte que l'inscription ne laisse à désirer aucun renseignement important, relativement à la détermination du parti que peuvent prendre des tiers, sur la sûreté de l'engagement qu'ils acceptent d'un débiteur. La date du titre, l'énonciation du dépôt où on peut le trouver, la nature de la créance, peuvent souvent influer sur la conduite et les mesures que les tiers doivent suivre, pour veiller à la conservation de leurs droits. On sent surtout combien il est important qu'un créancier postérieur ait tous les renseignemens suffisans pour se déterminer sur la faculté qu'il a de se subroger aux droits d'un créancier antérieur. On aurait surtout du regret de ne pas avoir redoublé de zèle sur l'accomplissement des formes, et sur la mention des véritables dates, s'il se tirait de l'inscription la conséquence qu'une hypothèque ne dût pas exister; cela arriverait, par exemple, si, dans le cas d'une hypothèque générale, constituée sous l'ancienne législation, et qu'on ferait inscrire, on donnait au titre constitutif de la créance une date postérieure à la loi de brumaire, ou à la promulgation du Code civil, de manière à laisser croire qu'il n'y aurait vraiment pas d'hypothèque, ou, ce qui est de même, une hypothèque valablement constituée, n'y ayant pas de spécialité. On sent qu'il est impossible de prévoir toutes les circonstances qui peuvent attirer plus ou moins d'indulgence sur des erreurs ou des inattentions commises dans les inscriptions; et dès lors, le parti le plus sûr est de s'efforcer d'éviter les difficultés par le soin et l'attention. Cela est d'autant plus nécessaire, que si le résultat de l'erreur était tel que, d'après l'inscription, le montant de la créance parût être inférieur à ce qu'il est réellement, elle n'aurait d'effet, au regard des tiers, que pour la somme qui y serait déterminée.

79. J'en viens à la mention, dans l'in-

---

dans un ouvrage de la nature de celui-ci. Exposer des principes, donner des idées propres à faire apprécier les arrêts relatifs aux questions dont il s'agit, qui se sont présentées si fréquemment et sous tant de rapports différens; voilà à quoi j'ai cru devoir me borner.

Au surplus, indépendamment des sources que j'ai citées, on pourra voir plusieurs de ces arrêts dans différentes parties de la 3e édition des *Questions de droit* de M. Merlin, qui n'a paru que lorsque mon ouvrage était terminé, et notamment au mot *Inscription hypothécaire*. On y voit, par exprès, § II, nos 2 et 3, les deux arrêts des 7 octobre 1812 et 11 août 1819, avec les détails qui les concernent.

scription, de l'époque de l'exigibilité. Cette mention avait été prescrite par l'art. 2148, n° 4, du Code civil; elle l'a été plus particulièrement encore par la loi du 4 septembre 1807. On sait ce qui a donné lieu à cette loi. Cette formalité avait été très fréquemment négligée jusqu'à cette époque. On était effrayé des nombreuses déchéances d'hypothèques qui en étaient déjà résultées, et de celles qui pourraient être prononcées à l'avenir. Pour remédier à ce désordre, on crut devoir prendre le parti de permettre de rectifier les inscriptions déjà prises, par une forme qui procurait l'équivalent de l'insertion même à l'époque de l'exigibilité. Mais on laissa subsister, pour l'avenir, la nécessité de cette mention, ainsi que les autres formes prescrites par la loi; et le mal déjà fait subsista pour les inscriptions qui avaient été annulées par des jugemens passés en force de chose jugée. Cette dernière disposition de la loi tenait au grand principe, que les lois ne peuvent avoir d'effet rétroactif, et qu'on ne peut anéantir des droits acquis par les décisions des tribunaux, lorsqu'elles ne sont pas susceptibles soit d'appel, soit de pourvoi en cassation.

On sent que le mal n'était pas attaqué dans sa source. Si on n'avait pas tenu aux premières idées de sévérité, dont on est ensuite heureusement revenu; si on eût pu se fixer sur le genre de nullité qu'on attachait aux omissions ou à des accomplissemens irréguliers des formes; si, enfin, on eût été dans une position à pouvoir reviser la législation hypothécaire dans les parties sur lesquelles il y avait des imperfections, on aurait d'abord examiné s'il était à propos de laisser exister la nécessité de la mention de l'exigibilité. Avant la loi du 4 septembre 1807, il a été fait plusieurs observations critiques qui tendaient à établir l'inutilité de la mention de l'exigibilité; mais je suis étonné de n'avoir pas vu opposer que cette mention était absolument indifférente, dès qu'elle concerne principalement l'acquéreur, et que, d'après l'art. 2184 du Code civil, cet acquéreur, qui fait transcrire et qui veut purger les hypothèques, est obligé d'acquitter les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence du prix, *sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles*. L'art. 15 de la loi de brumaire avait une disposition contraire; elle voulait que l'acquéreur pût profiter des termes dont pouvait jouir le débiteur qui lui vendait, et dès lors il n'est pas étonnant que cette même loi eût prescrit la mention de l'exigibilité.

Cependent, dès que la loi du 4 septembre 1807 exige impérativement cette mention, on sent qu'on doit s'y conformer. Néanmoins, la doctrine des nullités *substantielles* ou *absolues* n'ayant pu se soutenir, les cas où l'inscription pourrait être nulle, ou non, sont livrés à la sagesse des tribunaux. Aussi un arrêt de la Cour de cassation, du 3 janvier 1814, qu'on voit rapporté dans le receuil de Denevers, *an* 1814, *pag.* 109, a jugé qu'une inscription était valable, quoiqu'il y fût dit, par erreur, qu'une créance était exigible dans deux ans, tandis que, dans le fait, elle ne l'était que dans *cinq ans*. L'erreur devenait encore sans conséquence, relativement à l'intérêt du créancier postérieur en hypothèque, d'après des circonstances énoncées dans la discussion de l'arrêt. Cet arrêt est motivé sur ce que l'erreur intervenue dans l'énonciation de la date de l'exigibilité, *n'avait pu nuire* au créancier qui demandait la nullité de l'inscription, et que celui-ci n'avait pas même allégué *que cette erreur lui eût causé aucun préjudice*. La discussion qui a préparé l'arrêt en indique de précédens, et elle fait connaître les progrès de la jurisprudence dans le sens de l'abandon d'une première rigueur, pour en venir à des idées plus douces et plus saines.

80. On sent que si la nature du titre en vertu duquel on prend l'inscription, est telle qu'elle donne des idées suffisantes sur l'exigibilité, alors on ne peut raisonnablement se plaindre de ce qu'il n'en aurait pas été fait mention. C'est, par exemple, ce qui doit être observé, lorsque l'inscription est prise en vertu d'un contrat de rente constituée. Le titre seul

annonce que la créance n'est pas exigible, ou qu'elle ne le deviendrait qu'accidentellement et à une époque indéterminée, s'il survenait, dans la suite, les cas énoncés dans l'art. 1912 du Code civil. Telle a été aussi la décision de Son Exc. le grand-juge ministre de la justice, dans une instruction du 21 juin 1808. Il en serait de même dans le cas d'une inscription prise pour une rente viagère sans aucune addition.

81. Mais, dans tous les autres cas, la mention de l'époque de l'exigibilité doit être contenue dans l'inscription, quelle que soit la nature du titre; elle doit l'être, quoique l'inscription soit prise en vertu d'un jugement. La raison en est que la seule énonciation que la créance est due en vertu d'un jugement n'emporte pas le fait qu'elle est due de suite, le jugement pouvant prononcer la condamnation d'un paiement à termes. On peut consulter, à ce sujet, l'instrument ministériel que je viens de citer, ainsi qu'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Liége, du 24 août 1809, rapporté par Denevers, *pag.* 100, *au suppl.*



Le système des équipollences, pour cette partie des formalités, s'est soutenu en jurisprudence; comme pour les autres. Je me dispenserai d'entrer dans un détail aussi long que fastidieux, des espèces dans lesquelles les arrêts concernant cette matière ont été rendus. Je me contenterai d'indiquer ces arrêts, comme je l'ai déjà fait en pareil cas. Je renvoie donc à des arrêts rendus par la Cour de cassation, ou par différentes Cours royales, les 23 décembre 1810, 2, 9 avril et 9 juillet 1811, 30 mai et 23 juillet 1812, et 3 janvier 1814 [1].

82. Je dois faire observer que quelques-uns de ces arrêts ont jugé contre ce qui avait été décidé auparavant par quelques autres, que l'inscription est valable, si elle énonce que la créance est exigible, quoiqu'elle n'indique pas l'époque de l'exigibilité, pourvu que la créance soit réellement exigible au moment de l'inscription. On ne conçoit pas comment il a pu s'élever quelque difficulté à cet égard. En disant qu'une créance est exigible, c'est suffisamment dire qu'il n'y a pas de terme. *In omnibus obligationibus in quibus dies non apponitur, presenti die debetur,* disait la loi 14, ff. *de reg. jur.*

Mais je suis loin d'incliner à une indulgence qui tendrait à une insouciance sur l'observation des règles. On ne saurait trop conseiller l'observation littérale de la loi; et si l'on ne peut y satisfaire *littéralement*, par quelque circonstance survenue au moment de la nécessité de prendre l'inscription, au moins faut-il y satisfaire *virtuellement*, et de manière que les tiers apprennent ce qu'ils doivent connaître; et ce que je dis, à l'occasion de la mention de l'exigibilité, s'applique à toutes les autres formalités. J'en ai déjà fait l'observation.

83. Dans tout ce que je viens de dire, soit sur les formes de la spécialité, soit sur celle de l'inscription, j'ai eu principalement en vue l'hypothèque spéciale. Mais ce n'est pas la seule qui doive être publique, toutes les autres hypothèques doivent l'être également; ou si certaines peuvent en être dispensées aussitôt qu'elles sont créées, en conservant néanmoins leur rang du jour qu'elles naissent, elles deviennent accidentellement soumises à la publicité; en sorte qu'il a fallu établir des règles particulières pour l'inscription de ces hypothèques.

D'abord, en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire qui, de sa nature, est générale, elle doit être publique comme l'hypothèque spéciale. Cela résulte non seulement de la combinaison des articles 2134 et 2135, mais encore de l'art. 2148 du Code civil, qui prescrit la représentation de l'original en brevet, ou en expédition authentique, du jugement ou de l'acte, etc. Ainsi, tout ce qui est prescrit

[1] On peut voir ces arrêts dans le recueil de Denevers, en 1811, pag 47, au suppl.; pag. 328, 191 et 205; en 1812, pag. 604, et an 1813, pag. 75, au suppl. On peut les vérifier encore dans le recueil de Sirey, qui est aussi rédigé avec soin, et qui renferme souvent d'utiles observations

par cet art. 2148 est commun à l'hypothèque judiciaire comme à l'hypothèque spéciale, sauf une seule différence qui est marquée dans le n° 5 de cet article. Cette différence, qui existe également pour les hypothèques légales, parce que, de leur nature, elles sont aussi générales, consiste en ce que l'indication de *l'espèce* et de la *situation* des biens sur lesquels on entend conserver le privilége ou l'hypothèque, n'est pas nécessaire. Pour ces hypothèques, à défaut de convention, une *seule inscription frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau.* La raison de l'exception est évidente; c'est qu'il répugne à la nature de l'hypothèque générale d'être soumise à l'indication particulière, prescrite pour l'hypothèque spéciale. On sent facilement en quel sens la loi dit, *à défaut de convention;* elle a voulu exprimer que si l'hypothèque judiciaire, qui était générale dans le principe, avait été modifiée par une convention qui l'eût déterminée sur des immeubles particuliers, alors elle prendrait le caractère d'hypothèque spéciale relativement à ces immeubles; et elle rentrerait, quant à l'inscription, dans les règles prescrites pour les hypothèques spéciales. Dans le chapitre concernant *l'hypothèque judiciaire*, je m'expliquerai plus particulièrement sur la possibilité de grever de cette hypothèque tous les biens présens et à venir du débiteur, par une seule inscription.

84. A l'égard des hypothèques légales, indépendamment de cette exception dont je viens de parler, relativement au mode d'indication des biens qu'on veut grever d'hypothèque, et qui leur est commune avec l'hypothèque judiciaire, il y a d'autres règles importantes qui se puisent dans l'art. 2153 du Code civil. Il est nécessaire d'en rapporter les termes.

« Les droits d'hypothèque purement légale de l'état, des communes et des établissemens publics sur les biens des comptables; ceux des mineurs ou interdits sur les tuteurs, des femmes mariées sur leurs époux, seront inscrits sur la représentation de deux bordereaux contenant seulement,

« 1° Les nom, prénom, profession et domicile réel du créancier, et le domicile qui sera par lui, ou pour lui, élu dans l'arrondissement;

« 2° Les nom, prénom, profession, domicile ou désignation précise du débiteur;

« 3° La nature des droits à conserver, et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés, sans être tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. »

Pour bien faire entendre cet art. 2153, qui est infiniment important, et pour qu'on se fasse des idées précises sur la différence de sa rédaction, comparativement à la rédaction de l'art. 2148, il est indispensable que je fasse quelques observations générales, par anticipation, sur les hypothèques légales, sur lesquelles je dois m'expliquer dans la suite.

Il y a des hypothèques légales en faveur des femmes mariées, sur les biens de leurs maris; des mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs; et en faveur de l'état, des communes et des établissemens publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. Quant à ces dernières, elles n'ont effet que du jour de l'inscription. Cela résultait déjà de la combinaison de quelques articles du Code civil; et on le voit expressément dans la loi du 5 septembre 1807, relative aux droits du trésor public sur les biens des comptables, *art.* 6. Il faut donc qu'elles soient inscrites pour prendre rang, et elles ont la prérogative de la généralité.

Mais les hypothèques des femmes sur les biens de leurs maris, au moins pour leurs droits dotaux et pour les conventions matrimoniales, et celles des mineurs et des interdits sur les biens de leurs tuteurs, sont bien plus favorisées. Elles existent avec effet dès le moment qu'elles naissent, sans le secours de l'inscription, et elles priment, par conséquent, toutes celles qui ne prennent naissance qu'après. Cependant, malgré cette faveur, il devient indispensable, plus tôt ou plus tard, qu'elles soient connues par l'inscription. D'abord, en tout temps, la femme, ses

parens, le procureur du roi, ou d'office, ou lorsque les aliénations des biens du mari lui sont notifiées, quand il est question de purger les hypothèques, peuvent prendre inscription pour la femme, et l'inscription est enfin obligée, après la même notification, quand la femme veut participer à l'ordre. Il peut encore être pris des inscriptions, dans l'intérêt des mineurs, par plusieurs personnes qui en sont chargées par la loi, et l'inscription devient enfin nécessaire pour venir à l'ordre, lorsque les acquéreurs remplissent les formalités prescrites pour parvenir à la purgation des hypothèques. (Art. 2136, 2137, 2138, 2139, 2193, 2194, 2195 du Code civil.)

Après ces premières explications, je passe à une courte analyse de l'art. 2153; il parle d'abord des droits d'hypothèque *purement légale*. Quel est le motif de ces expressions? C'est qu'une hypothèque qui, dans le principe et de sa nature, aurait été légale, et par conséquent générale, a pu dans la suite être restreinte sur certains biens immeubles particuliers. On en voit des exemples, en ce qui concerne les hypothèques des femmes et des mineurs, dans les art. 2140, 2141, 2143, 2144 et 2145 du Code civil; et, cette réduction étant ainsi faite, l'hypothèque reçoit l'application des principes relatifs à l'hypothèque spéciale; et dès lors c'est le cas de désigner les immeubles particulièrement affectés, conformément à l'art. 2148, nº 5. Tel est aussi le résultat de l'art. 2142.

Ensuite cet article 2153 ne prescrit pas, pour l'inscription, la représentation, comme le fait l'article 2148, de l'original en brevet, ou d'une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque. Il n'exige que *la représentation de deux bordereaux*, contenant seulement les nom, prénom, etc., la nature des droits à conserver, et le montant de leur valeur, quant aux objets déterminés, sans être tenu de le fixer, quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés.

La représentation de l'original en brevet, ou d'une expédition du titre, ne pouvait être prescrite, puisqu'il est dans la nature des hypothèques légales d'exister, par la seule force de la loi, sur la totalité des biens, et qu'elles ne sont point susceptibles d'une constitution de spécialité; en sorte qu'il ne fallait faire connaître que la nature des droits à conserver, et le montant de leur valeur.

Les articles 2132 et 2148 nº 4, du Code civil, veulent, pour l'hypothèque conventionnelle et judiciaire, l'énonciation dans l'inscription, de l'évaluation des rentes et prestations, et des droits éventuels, conditionnels et indéterminés. Mais l'art. 2153 en dispense l'inscription des hypothèques légales, ainsi que de la mention de l'exigibilité. Avec la plus légère réflexion sur la nature de toutes les hypothèques légales énoncées dans l'article 2153, on demeure convaincu de la difficulté qu'il y aurait d'évaluer les droits éventuels ou conditionnels qui en sont souvent l'objet, et de l'impossibilité où l'on serait de leur fixer une époque d'exigibilité. Plusieurs personnes, ainsi qu'on vient de le voir, sont chargées par la loi de prendre des inscriptions pour la femme, pour le mineur ou pour le subrogé tuteur, abstraction même faite de la volonté de ceux-ci. C'est pourquoi, à l'occasion de l'indication du domicile du créancier, dans tous les cas, il est dit dans le nº 2 de l'art. 2153, *et le domicile qui sera par lui*, ou pour lui, *élu dans l'arrondissement*. Or, toutes ces personnes pourraient ne pas connaître tous les faits dont les résultats, pour les cas ordinaires, doivent être énoncés dans l'inscription, tels que l'origine, le montant, la nature des créances et l'époque de leur exigibilité. Il y a même des cas où il n'existe pas, à proprement parler, un droit d'exigibilité. On s'inscrit souvent pour se prémunir contre des dilapidations ou des prévarications possibles, et non certaines. Ce fut aussi par des raisons à peu près semblables, que les inscriptions, pour ces sortes d'hypothèques, furent soumises, par l'article 21 de la loi du 11

brumaire an 7, à moins de formes que les inscriptions pour créances ordinaires. Ces formes furent coordonnées avec les principes de cette loi, différens, en cette partie même, de ceux du Code civil.

Enfin, indépendamment des cas dont je viens de parler, dans lesquels l'inscription des hypothèques légales doit avoir lieu, il peut s'en présenter d'autres où l'inscription devieudrait indispensable; cela pourrait arriver, par exemple, si une femme était morte, ou si elle avait été divorcée avant la promulgation du Code civil, sans avoir pris inscription pour sa dot et ses reprises; ou si un mineur était devenu majeur avant la même époque, sans s'être inscrit sur les biens de son tuteur. Les héritiers de l'une et de l'autre seraient obligés de prendre inscription pour leur hypothèque, qui aurait perdu la prérogative de la légalité. Ce ne serait que du jour de cette inscription que leur hypothèque prendrait rang, en sorte qu'ils seraient primés par les créanciers qui auraient pris inscription avant eux; et dès lors l'inscription devrait contenir la mention de l'époque de l'exigibilité, comme les inscriptions pour créances ordinaires. C'est ce qui a été jugé par l'arrêt de la Conr de cassation, du 5 décembre 1814, que j'ai déjà eu occasion de citer. *Denevers, an* 1815, *pag.* 152. Mais je ne pousse pas plus loin mes observations sous ce nouveau point de vue. On aperçoit que c'est le cas d'un développement de principes que je dois réserver pour le moment où je traiterai des hypothèques légales.

85. Il y a encore d'autres hypothèques pour lesquelles il y a des formes particulières à suivre, en ce qui concerne l'inscription. Je veux parler des hypothèques conventionnelles, antérieures à la loi de brumaire, qui étaient générales, d'après la législation de ce temps, excepté dans les pays de nantissement. On ne pouvait les priver de la prérogative attachée à la généralité, sans donner un effet rétroactif à la loi de brumaire, et, cette généralité étant conservée, les formes de leur inscription ne pouvaient être les mêmes que celles de l'inscription de l'hypothèque spéciale. Aussi furent-elles particulièrement prescrites par l'art. 40 de cette loi de brumaire. Il y est dit que le créancier ne sera point obligé de représenter l'expédition du titre de sa créance; tandis que l'article 17, pour le cas des hypothèques nouvelles, voulait la représentation de l'original en brevet du titre, ou d'une expédition. Cela était nécessaire pour ces nouvelles hypothèques, puisque le titre devant renfermer la spécialisation de l'hypothèque, c'était là seulement qu'on pouvait trouver une désignation exacte des objets frappés d'hypothèque. Il est ajouté dans l'article 40, que l'inscription sera faite sur la simple représentation de deux bordereaux, contenant les indications prescrites par les art. 17 et 21. Enfin, l'art. 43 porte une dérogation à l'art. 17. Cette dérogation était une conséquence forcée de la différence qui existe entre l'hypothèque spéciale et l'hypothèque générale. Il est dit, dans cet art. 43, que les inscriptions déjà faites, et celles qui auront lieu dans le délai prescrit par l'article 37, [1] pour toute créance antérieure à la publication de la loi, en conservent le rang sur les biens présens et à venir du débiteur, situés dans l'étendue du bureau où elles auront été requises, *sans que le créancier soit obligé de désigner la nature ni la situation des immeubles.*

Il était évident que toutes ces disposi-

[1] Le délai de trois mois, accordé par la loi du 11 brumaire an 7, expirait au 11 ventôse suivant. Une loi du 16 pluviôse an 7, prorogea ce delai de deux mois, c'est-à-dire, jusqu'au 16 germinal. Une autre loi du 17 du même mois de germinal, donne deux autres mois, à compter de l'expiration du delai accordé par la loi du 16 pluviôse, c'est-à-dire, à compter du 16 germinal, ce qui prorogea le délai de s'inscrire jusqu'au 16 prairial an 7; mais on doit ajouter à ce terme les délais accordés par la législation d'alors, pour que les lois fussent réputées connues et qu'elles devinssent exécutoires. Voyez une énonciation à ce sujet, contenue dans un arrêt de la Conr de cassation, du 26 avril 1813, rapporté par Denevers, an 1813, pag. 494.

tions devaient être observées pour toutes ces créances anciennes, même lorsque les inscriptions, pour les conserver, étaient prises sous l'empire du Code civil. Cependant on a soutenu le contraire, quoique deux décisions prises par le ministre de la justice et par celui des finances, l'une le 30 mars et l'autre le 30 avril 1809, eussent proclamé le principe que les dispositions de la loi du 11 brumaire, concernant ces créances anciennes, n'avaient point été abrogées, qu'elles n'avaient même pu l'être par le Code civil. On a élevé cette prétention, même pour le cas où les inscriptions, à raison de ces créances, auraient été prises sous le Code civil, avant l'expiration de dix ans, à compter de leur date; parce que, disait-on, la forme de tout acte doit être réglée par la disposition de la loi sous laquelle il est fait; et, relativement au cas où les inscriptions auraient été prises après l'expiration de ces dix ans, on a cru pouvoir renforcer cette prétention, et soutenir encore plus particulièrement la nullité des inscriptions, en se fondant sur ce que ce délai étant expiré, le créancier avait été déchu de tout l'avantage que pouvait lui donner, au moins quand aux formes de l'inscription, la loi du 11 brumaire an 7.

Mais cette prétention, vraiment étonnante, a été proscrite par plusieurs arrêts de la Cour de cassation. Il a été jugé, comme on devait s'y attendre, qu'il ne fallait ni le rapport du titre en original ou en expédition, ni désignation de l'héritage sur lequel l'inscrivant veut conserver son hypothèque, désignation qui ne peut être que la conséquence de la spécialité; que le Code civil n'avait dérogé, en aucune manière, aux dispositions de la loi du 11 brumaire, en tout ce qui ne pouvait, par la nature des choses, être réglé que par cette loi. Il a été décidé que si l'inscription d'une hypothèque ancienne n'était renouvelée qu'après l'expiration de dix ans, il résultait seulement de ce retard, d'après la combinaison des articles 38 et 39 de la loi du 11 brumaire, que l'hypothèque au lieu de conserver son rang, à compter du titre primitif, n'avait effet qu'à compter de l'inscription. Mais à compter de cette inscription, l'hypothèque a son effet et son rang, non seulement sur les biens lors présens, mais encore sur les biens qui écherraient dans la suite au débiteur. Ces arrêts sont des 11 novembre 1812, 10 décembre 1813, 4 juillet 1815, et 14 avril 1817 [1]; et bien auparavant, M. Merlin avait établi cette doctrine, ainsi qu'on le voit dans le *Rép. de jurispr.*, au mot *Enregistrement* (droit d'), § 4. On sent qu'il en est de même pour l'inscription des anciennes hypothèques judiciaires et des anciennes hypothèques légales, qui étaient soumises à cette formalité par la loi de brumaire, les art. 40 et 43 de cette loi ne faisant aucune distinction entre ces hypothèques et les anciennes hypothèques qui, quoique conventionnelles, étaient générales. Mais il faut bien remarquer que je n'entends parler ici que des hypothèques qui, quoique légales, étaient soumises par la loi de brumaire, comme elles le sont par le Code civil, à l'inscription. Car, pour les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits, que la loi de brumaire assujettissait à l'inscription, elles ont repris leur effet à la promulgation du Code civil, quand il n'y aurait pas eu d'inscription, ainsi que je l'expliquerai dans la suite, en m'occupant de ces hypothèques.

86. Mais, en revenant aux formes constitutives de la spécialité de l'hypothèque, et à celles de l'inscription tendant à faire connaître les objets sur lesquels elle frappe, il faut bien faire attention que si les désignations qui doivent être faites des objets hypothéqués, se trouvaient irrégulières dans l'acte constitutif de l'hypothèque, il ne saurait y être suppléé par l'in-

1 Voyez Denevers, an 1813, pag. 151; an 1814, pag. 114; an 1815, pag. 559, et an 1817, pag. 376. En rapportant l'arrêt de 1815, l'auteur du recueil indique quelques autres arrêts conformes. Je me suis contenté d'en citer qui sont remarquables par la justesse et par la force de leurs motifs.

scription ; tout comme l'irrégularité de l'inscription, sur ces désignations, ne saurait être couverte par la régularité que contiendrait l'acte constitutif d'hypothèque. C'est un des points jugés par l'arrêt de la Cour de cassation, du 20 février 1810, que j'ai déjà cité. Cet arrêt est motivé, à cet égard, sur ce que le système général du régime hypothécaire est de faire reposer l'hypothèque conventionnelle sur une double base, savoir la *spécialité* et la *publicité*, et de faire concourir simultanément l'une et l'autre, de manière que la *spécialité* est insuffisante, si elle n'est pas accompagnée de *publicité*, comme la *publicité* est de nul effet, et doit être regardée comme non avenue, si elle n'est pas elle-même appuyée sur la *spécialité*. Je n'ai pas cru devoir adopter les principes de cet arrêt, relativement aux formes scrupuleuses du mode de spécialité, qui m'ont paru être d'une sévérité qu'il était impossible de fonder sur l'esprit de la loi ; mais il doit être suivi sur la concordance de la spécialité avec l'inscription.

Au surplus, on conçoit facilement que le débiteur ne peut jamais se prévaloir de toute irrégularité quelconque qui proviendrait de sa faute.

87. D'après tout ce qui vient d'être dit, l'inscription a principalement deux buts : l'un est de faire connaître l'immeuble grevé de l'hypothèque qu'on veut conserver; l'autre est d'apprendre quel est le débiteur qui l'a hypothéqué, et en quoi consiste la créance. Si ce débiteur, depuis l'hypothèque qu'il a consentie, a cessé d'être propriétaire de l'immeuble, le créancier inscrivant n'est point obligé d'en faire connaître le détenteur actuel. On ne peut imposer à ce créancier une obligation que la loi ne prescrit pas. Les tiers qui contractent, dans la suite, avec les possesseurs de l'immeuble déjà hypothéqué par celui qui en était propriétaire, doivent prendre des informations sur ceux qui peuvent avoir possédé précédemment l'immeuble, et se mettre en état de savoir s'il y a eu, ou non, des inscriptions prises sur eux. C'est ce que dit M. Merlin dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Hypothèque*, *sect.* 2, *art.* 16, n° 2, d'après de forts raisonnemens appuyés d'autorités. Et depuis, la Cour royale de Caen l'a ainsi jugé, et avec raison, par un arrêt du 6 mai 1812, rapporté par Denevers, *an* 1812, *pag.* 106, *au suppl.* C'est encore un des points formellement décidés par un arrêt de la Cour de cassation, du 27 mai 1816, qu'on trouve dans le même recueil, *an* 1816, *pag.* 520. On voit dans l'arrêt qu'il a été jugé que si l'inscription était prise uniquement sur le détenteur actuel de l'immeuble hypothéqué, l'inscription serait sans effet. Elle doit être nécessairement prise sur le débiteur qui a consenti l'hypothèque; d'où il résulte que la mention dans l'inscription du détenteur actuel est inutile.

88. Si des créanciers d'un même débiteur avaient pris leurs inscriptions le même jour, quand même le conservateur aurait marqué que les unes étaient du matin, et les autres du soir, tous ces créanciers inscrits exerceraient en concurrence leurs hypothèques, à la même date. Telle est la disposition de l'art. 2147 du Code civil. Cette disposition est infiniment sage, et c'est avec raison qu'elle a dérogé aux anciens principes d'après lesquels la date de l'hypothèque pouvait dépendre de l'heure même. L'hypothèque prenant rang actuellement par l'inscription, une préférence, selon l'heure de cette inscription, n'eût pas été sans de graves inconvéniens; il y eût eu à craindre ou des méprises ou des fraudes.

Mais cet article 2147 ne peut s'appliquer rigoureusement qu'en cas de concours d'inscriptions pour hypothèques de même nature. On sent que les priviléges, et de plus, certaines hypothèques, ont leur effet indépendamment de l'inscription ou de la date de l'inscription. Il faut donc distinguer, à cet égard, les priviléges d'avec les hypothèques.

A l'égard d'un privilége, il serait toujours préféré à l'hypothèque pour laquelle l'inscription aurait été prise le même jour que celle du privilége. Cela est de toute évidence, lorsque le privilége qui serait sujet à l'inscription aurait été inscrit avant

l'expiration du délai dans lequel l'inscription aurait dû en être faite. Mais il en serait de même, quand le privilége soumis à une inscription, dans un délai, n'aurait été inscrit qu'après l'expiration de ce délai, mais le même jour qu'une hypothèque ordinaire. La raison en est que l'article 2147 ne suppose que l'exercice en concurrence *d'une hypothèque* de la même date. D'ailleurs, il s'en tire une autre raison de la nature du privilége. Il doit toujours avoir la préférence sur une simple hypothèque, lorsqu'il ne s'agit que d'un concours de date, et qu'il n'y a pas une antériorité légalement marquée, en faveur de l'hypothèque, sur le privilége qui, à défaut d'inscription dans le délai fixé par la loi, aurait pu dégénérer en hypothèque, d'après l'art. 2113. La cause de cette hypothèque, même quoiqu'elle soit une dégénération du privilége qu'elle avait auparavant, est toujours la même que celle du privilége. Tel est le résultat de l'art. 2094 du Code civil.

Quant aux hypothèques légales, il est encore évident qu'il ne peut s'élever de difficulté relativement à celles qui sont affranchies d'inscription, qui n'ont pu être inscrites que surabondamment, ou parce qu'il y a des circonstances dans lesquelles elles doivent être connues, uniquement pour en recueillir l'effet, comme quand il s'agit de venir à un ordre, ou d'en empêcher la purgation. Par rapport aux hypothèques légales qui, d'après la loi, auraient dû être inscrites, soit qu'elles eussent dû l'être indéfiniment, soit qu'il y eût eu un délai accordé pour l'inscription, il y a encore lieu de penser qu'une hypothèque de cette nature devrait obtenir la préférence sur une hypothèque ordinaire, malgré le concours de date de l'inscription. Toutes les hypothèques légales quelconques ont toujours eu dans le principe une cause différente que les hypothèques ordinaires, qui leur a fait attribuer la faveur de la légalité, et la généralité de l'hypothèque. Cette cause rentre dans la nature du privilége, qui doit faire accorder à ces hypothèques une préférence sur les hypothèques ordinaires, lorsqu'il ne s'agit, comme nous venons de le dire, que d'un avantage relatif à un simple concours de date.

Il ne peut donc y avoir lieu à la concurrence sur le prix, lorsque les inscriptions se rencontrent à la même date, que quand ces inscriptions ont toutes pour objets des hypothèques spéciales, ou qu'elles ont pour objets, tout à la fois, des hypothèques spéciales et des hypothèques générales qui n'ont eu pour elles ni la faveur du privilége, ni celle de la légalité, telles que les hypothèques générales anciennes, et les hypothèques judiciaires. Il suit de l'art. 2147, que dans le cas du concours d'une hypothèque générale avec une hypothèque spéciale, la distribution du prix qui proviendrait de l'héritage sur lequel les inscriptions auraient frappé, devrait se faire entre les créanciers inscrits, en proportion du montant de leurs créances, à moins que le créancier qui aurait l'hypothèque générale ne renonçât à son hypothèque sur l'immeuble, couvert des deux inscriptions simultanées, pour exercer son hypothèque sur les autres biens du débiteur.

89. Il se présente deux cas importans, dans lesquels il s'élève la question de savoir s'il y a une constitution valable d'hypothèque, et si, par suite de cette constitution, on pourrait prendre inscription.

En premier lieu, la question s'élèverait, si un particulier s'annonçait comme créancier, en vertu d'une délégation qui lui aurait été faite, et qui n'aurait pas été acceptée; en second lieu, on n'est pas toujours subrogé à l'hypothèque d'une créance, parce qu'on en paierait le montant à celui à qui elle appartiendrait. Il y a dans ce cas des précautions à prendre, dont l'explication est nécessaire.

Y a-t-il constitution d'hypothèque dans la délégation faite par un acte authentique de la part d'un débiteur en faveur de son créancier, cette délégation n'étant pas acceptée? Un arrêt de la Cour de cassation, du 21 février 1810, recueilli par Denevers, *an* 1810, *pag.* 269, a jugé qu'un créancier muni d'une délégation faite en sa faveur, par acte notarié, sur un débiteur du déléguant, n'avait point une

constitution d'hypothèque régulière, n'y ayant pas eu d'acceptation de la délégation, et que ce créancier n'avait pu prendre une inscription avec effet; en sorte que les créanciers du déléguant, quoiqu'inscrits postérieurement, devaient être préférés à ce créancier délégué. Les motifs de l'arrêt sont qu'une délégation imparfaite, ou une indication de personne pour recevoir une somme déléguée, *ne forme pas un titre de créance au profit de cette personne, tandis qu'elle n'a pas été acceptée par elle;* que l'inscription aux hypothèques ne peut tenir lieu d'acceptation, parce que celle-ci doit la précéder, à l'effet de *former le titre nécessaire pour que l'inscription soit valable.* Pour pouvoir bien apprécier l'arrêt, il faut observer qu'il s'agissait, en faveur du créancier délégué, d'une hypothèque bien antérieure à la loi de brumaire an 7, qui par conséquent était générale, et qu'il n'avait pas fallu une hypothèque avec spécialité; il faut dire encore que long-temps après la délégation, qui était faite par un acte public du 13 février 1783, il y eut un acte du 2 décembre 1791, mais seulement sous seing privé, passé entre le déléguant et le débiteur délégué, portant prorogation d'un terme de remboursement; d'où l'on induisait une acceptation de la délégation : mais cet acte du 2 décembre 1791 n'avait été enregistré qu'en 1808. C'était avant cet enregistrement, et le 26 prairial an 7, que le créancier délégué avait pris une inscription, en vertu de l'acte de 1783, sur les biens du débiteur délégué. L'arrêt rejeta le moyen qu'on tirait de l'acte du 2 décembre 1791, pour en induire une acceptation de la délégation. Il en donna pour motif que des actes sous seing privé ne prouvaient point l'acceptation.

Mais on ne peut se dissimuler que cette décision souffre beaucoup de difficultés. Il existe sans doute une différence entre la délégation parfaite par l'acceptation du créancier délégué, et la délégation imparfaite, ou l'indication du créancier, non acceptée. Mais à quoi se réduit cette différence? D'un côté, un créancier du déléguant pourrait faire saisir entre les mains du débiteur, au préjudice du créancier délégué; d'un autre coté, le débiteur délégué pourrait payer au déléguant, au préjudice du même créancier délégué; encore ce paiement souffre-t-il les plus grandes difficultés; et il y a beaucoup de cas où il est impossible : ils sont expliqués par Pothier, *Traité des obligat., part.* 3, *chap.* 1er, *n^os* 488 *et suiv.* Or, cette possibilité accidentelle de l'inexécution de la délégation ou indication, n'empêche pas qu'il n'y ait une obligation au profit du créancier indiqué; et les autres créanciers n'ont aucun droit de l'attaquer; il suffit qu'elle leur soit connue par l'inscription. Aussi l'auteur du recueil fait à la suite de l'arrêt quelques réflexions qui donnent assez à entendre combien la question est délicate, malgré cette décision. Il y dit que l'arrêt de la Cour royale de Caen, contre lequel le pourvoi était dirigé, *présentait un mal jugé évident,* et qu'il n'avait échappé à la cassation que par l'absence d'une loi précise sur le point jugé; c'est-à-dire, parce qu'aucune loi ne détermine quels actes peuvent tenir lieu de l'acceptation d'une délégation imparfaite, lorsque cette délégation n'a pas été acceptée expressément et authentiquement. L'arrêtiste ajoute qu'il faut bien se garder de considérer l'arrêt de rejet *comme ayant consacré, en point de droit,* ce qui avait été jugé par la Cour d'appel.

Enfin, un arrêt de la Cour de cassation, du 11 août 1819, rapporté dans le recueil de Denevers, *même année, pag.* 491, que j'ai déjà eu occasion de citer, sous un autre rapport, ayant jugé qu'une inscription était valablement renouvelée par un cessionnaire, quoique l'acte de cession ne soit que sous seing privé, et qu'il *n'ait pas été notifié au débiteur,* il en résulte que l'inscription prise en vertu d'une délégation, quoiqu'imparfaite, doit être aussi déclarée valable. La cession qui n'est pas notifiée au débiteur ne saisit pas, à proprement parler. On ne peut que dire de même de la délégation non acceptée. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Je viens de présenter la question sous

le rapport d'une hypothèque ancienne et générale, mais elle peut naître encore sous le Code civil. Alors il est indubitable que la délégation, parfaite ou non, devrait être accompagnée d'une spécialité d'hypothèque qui eût pour objet la sûreté de l'acquittement de la somme déléguée, sans laquelle il ne pourrait être question d'inscription. Mais avec la stipulation de cette spécialité, on est autorisé à penser qu'il y aurait une obligation avec une hypothèque susceptible d'être inscrite. L'inscription serait prise comme celle du créancier déléguant, sur les biens sur lesquels il aurait fait consentir une hypothèque spéciale, soit pour lui, soit pour son créancier délégué, si la délégation ne portait que sur une partie de la créance.

Au surplus, on agira toujours prudemment d'accepter ou faire accepter la délégation par l'acte même qui la contient; et si l'acceptation n'a pu être faite par cet acte, elle pourra l'être, ou par un nouvel acte authentique, passé entre le déléguant, le débiteur et le créancier délégué, ou par un acte aussi authentique, fait par celui-ci seul, par lequel il déclarera accepter la délégation, lequel acte sera notifié au déléguant et au débiteur délégué. On prendra l'inscription tant en vertu du premier titre qu'en vertu de celui qui contiendra l'acceptation.

Mais le cas d'une délégation non acceptée peut se rencontrer pour une ancienne hypothèque conventionnelle, antérieure à la loi de brumaire an 7; elle peut naître encore sous le régime de la spécialité, parce qu'on n'a pas toujours la possibilité d'accepter la délégation dans un délai donné, et qu'on se trouve quelquefois dans la nécessité absolue de s'inscrire pour la conservation de la créance; et dès lors j'ai cru qu'il n'était pas inutile de traiter la question. Voyez la note qui est à la suite du n° 388, tome II.

90. Je viens à la seconde question, annoncée dans le n° précédent. Elle consiste à savoir quels sont les cas où il y a une hypothèque par l'effet d'une subrogation, lorsqu'on ne devient propriétaire d'une créance qu'en la payant à celui qui l'était déjà. Cette matière n'est pas aussi simple qu'on le croirait; cependant les difficultés ont été bien aplanies par le Code civil. Il faut distinguer d'abord ce qui est *transport* ou *cession* de ce qui est *subrogation*.

Le transport ou cession est une véritable vente que le créancier fait de sa créance à un tiers. Cet acte est une vraie mutation de propriété; il se fait dans l'intérêt du cédant; il emporte une garantie; il se règle par les principes de la vente, avec des modifications que la nature de l'objet vendu, comparativement aux immeubles, a fait introduire. Un pareil acte transmet de droit au cédataire tous les priviléges et hypothèques attachés à la créance. Les principes qui règlent le transport sont l'objet des articles 1689 et suivans du Code civil.

Quant à la subrogation proprement dite, elle est soumise à d'autres règles, parce qu'elle tient à une cause différente. Il ne s'agit pas alors de l'intention de vendre de la part du créancier; cette subrogation est plutôt l'ouvrage du débiteur que le sien. Il était juste de laisser au débiteur la faculté de se donner un autre créancier, s'il y trouve plus d'avantage; ce qui arriverait, s'il avait affaire à un créancier dur et disposé à des vexations. Dumoulin exprime cette idée avec son énergie ordinaire, dans son Traité *de usuris*, quest. 37, où il traite cette matière. *Et meritò est jure introductum, et moribus confirmatum, quia creditoribus damnum non infert, debitoribus autem prodest, quo faciliùs viam inveniant dimittendi acerbiorem creditorem, vel commodiùs mutandi.* On sent que le vœu du débiteur qui voudrait mettre un nouveau créancier à la place du premier ne serait pas rempli, s'il ne pouvait pas procurer au nouveau créancier une subrogation pleine et entière à tous les droits qu'avait le premier.

Ainsi, si le créancier, qui ne peut pas être forcé de subroger un tiers à ses droits, y consent, soit que ce soit uniquement dans l'intérêt de ce tiers, soit que ce tiers ait aussi en vue l'intérêt du débiteur, alors la marche à suivre est tracée dans

l'art. 1250 du Code civil. Il y est dit : « Lorsque le créancier, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques contre le débiteur, cette subrogation doit être expresse et faite *en même temps que le paiement.* »

Mais lorsqu'il s'agit de la subrogation que le débiteur est obligé de provoquer, par le refus que fait le créancier de recevoir d'un tiers le montant de la créance, et de le subroger à ses droits, il y a de nouvelles règles à suivre. Elles sont prescrites dans la seconde partie du même art. 1250. Il y est dit : « Lorsque le débiteur emprunte une somme, à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier, il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire ; que, dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que, dans la quittance, il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. *Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier.* » Dans ces deux cas, dit le même art. 1250, la subrogation est conventionnelle.

Quel est le but de ces formalités? C'est afin que les créanciers du débiteur ne soient pas victimes de fraudes qui pourraient être pratiquées à leur préjudice de la part du débiteur. Celui-ci pourrait payer la créance de ses deniers, dans la vue de l'éteindre à son profit, et néanmoins la faire revivre contre ses créanciers antérieurs, par des voies simulées, en colludant avec des tiers. Aussi, tout ce que la subrogation pourrait produire d'aggravant et d'injuste contre ces créanciers serait annulé. Tout ce qui était relatif à cette subrogation et à ses suites était l'objet de plusieurs lois du Digeste et du code. Il y avait quelques difficultés sur les moyens de les concilier. La matière fut réduite à des règles plus simples et plus sages, par une ordonnance du mois de mai 1609, et par un arrêt de règlement du parlement de Paris, du 6 juillet 1690 : les dispositions de l'une et de l'autre ont été le type de l'art. 1250 du Code civil, qui a établi des règles encore plus précises. Ces règles ont fait la base d'un arrêt de la Cour de cassation, du 23 juin 1812, rapporté par Denevers, *même année, pag.* 614, même quoique, dans l'espèce sur laquelle il est intervenu, il fût question d'une subrogation antérieure à la promulgation de ce Code, parce que les principes des anciennes lois sainement entendues, étaient les mêmes. Voyez ce qui est dit sur le privilége des prêteurs de sommes destinées à une acquisition, 2e *partie, sect.* 3, § 2.

91. Mais ce n'est pas tout ; outre la subrogation conventionnelle, qui fait seule l'objet de l'art. 1250 du Code civil, il y a plusieurs cas dans lesquels il était juste que celui qui paierait la créance fût subrogé aux priviléges et hypothèques du créancier, malgré lui, et encore malgré le débiteur. C'est alors une subrogation légale ; elle se fait par le seul ministère de la loi, sans convention, sans stipulation ; l'emploi seul des deniers emporte avec lui la subrogation, et en tient lieu. La loi prend la place du créancier, et elle fait la cession pour lui ; elle la fait sans garantie, comme il aurait pu la faire lui-même, sauf néanmoins la garantie de droit, qui est celle que la créance existe. Les cas où cette subrogation légale s'opère, sont énoncés dans les quatre nos de l'article 1251 du Code civil. Pour abréger, je me contente d'y renvoyer. Je crois cependant qu'il est utile de faire deux observations.

La première est relative au no 1er de cet article. Il y est dit que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable, à raison de ses priviléges ou hypothèques. Cela a eu lieu de tous temps, et c'est ce qui était connu sous le nom de *droit d'offrir*, droit accordé au second créancier, pour empêcher que l'ancien créancier ne consume en frais le gage commun.

Cependant n'étant pas dit, dans l'article 1251, si cet avantage appartient au

seul créancier hypothécaire, exclusivement au simple créancier chirographaire, il peut s'élever un doute à ce sujet; mais il est certain que la faculté d'obtenir la subrogation légale, par l'offre du paiement de la créance, n'appartient qu'au seul créancier hypothécaire. On en est convaincu en remontant aux anciens principes. Dans tous les temps, un particulier qui n'avait aucun droit sur les biens d'un tiers, pouvait payer, s'il voulait, un créancier de ces tiers; mais il ne pouvait jamais forcer le créancier à le subroger à ses priviléges et hypothèques. Le créancier pouvait même veiller en cela, à l'intérêt du débiteur, *ne cogatur*, comme dit encore Dumoulin, *incidere in manus avari et intractabilis creditoris*. Cette règle ancienne est confirmée par l'art. 1236 du Code civil. Dans le cas du paiement de la part de l'étranger, sans subrogation, il avait bien contre le débiteur une action pour ce qu'il avait payé pour lui, mais il n'avait que le droit d'un créancier chirographaire, jusqu'à ce qu'il obtînt une hypothèque pour son compte personnel; encore fallait-il examiner si cet étranger qui avait ainsi payé, ne l'avait pas fait parce qu'il aurait été débiteur de celui dont il payait la dette, et pour se libérer. Il doit en être toujours de même sous le Code civil.

Il n'y a donc de subrogation légale qu'en faveur du créancier hypothécaire, parce que celui-ci peut y avoir un véritable intérêt. Le créancier purement chirographaire n'a rien à conserver, respectivement à des créanciers hypothécaires, pas plus qu'un étranger; et dès lors il n'a pas plus de droit. Aussi, Domat, *L. civ.*, *liv.* 3, *tit.* 1er, *sect.* 6, *in proem.*, le suppose ainsi. La loi présume, dit-il, qu'étant lui-même créancier, il ne paie que pour *la sûreté de son hypothèque*, et elle le subroge. Basnage le dit formellement, *pag.* 354, *édit. in*-12, de 1702; et Soulages, *Traité des hypothèques*, *pag.* 185, le donne comme certain, en se fondant sur la similitude qu'il établit entre le créancier simplement chirographaire, et un étranger. Long-temps avant tous ces auteurs, Neguzantius, 3e *memb.* 5e *partis*, n° 6, avait professé cette doctrine. *Principaliter limitatur regula quòd secundus creditor possit offerre primo, ut habeat locum in creditore hypothecario; non autem procedit in creditore chirographario: quia ille non habet jus offerendi (nisi primo creditore volente), ad effectum impetrandi cessionem.* Cet auteur, qui cite plusieurs interprètes du droit romain, se fonde sur la même similitude du créancier chirographaire à l'étranger, qui se tire de la loi *Nulla*, au code *de solut.*

Enfin, la conséquence que la subrogation légale n'appartient pas au créancier simplement chirographaire, pourrait être tirée de la rédaction même de l'article 1251, n° 1er. Il suppose l'existence d'une *préférence* qui s'élèvrait entre les deux créanciers, dont l'un demanderait la subrogation à l'autre. Or, rigoureusement parlant, il ne peut être question de *préférence* entre un créancier chirographaire, qui n'a aucune lutte à établir en priviléges ou hypothèques, et celui qui a ces avantages, ou l'un d'eux; mais, dans le doute, on doit toujours interpréter l'article par les principes qui ont eu lieu, de tout temps, sur la matière.

Quelques auteurs avaient agité la question de savoir si le premier créancier hypothécaire ne pourrait pas avoir le droit d'offrir au second créancier, aussi hypothécaire, le montant de sa créance avec subrogation. L'affirmative de cette proposition aurait pu même être fondée sur la disposition de quelques lois romaines, et notamment sur celle de la loi *Mulier*, ff. *qui pot. in pign.* Il est vrai que ces lois supposent que le premier créancier hypothécaire est en possession de l'objet sur lequel frappent les hypothèques; et que, dans l'esprit d'autres lois, celui qui serait possesseur sans titres, et sans avoir la qualité de créancier, qui serait vraiment usurpateur, pourrait exercer contre un véritable créancier privilégié ou hypothécaire, l'exception *cedendarum actionum*. Mais la disposition de l'art. 1251 du Code civil, n'admettant la subrogation forcée et légale qu'en faveur de celui qui,

étant lui-même créancier, paie un autre créancier *qui lui est préférable à raison de ses priviléges et hypothèques*, il en résulte que ce droit est restreint au second créancier, et qu'il ne peut recevoir d'extension en faveur du premier.

La seconde observation que j'ai à faire est que, si un créancier refuse la subrogation à un particulier qui, aux termes de la loi, a droit de la demander, celui-ci peut faire ordonner, en justice, qu'en payant il sera subrogé; et, en ce cas, l'autorité de la justice fait passer le droit du créancier à celui qui le paie, même sans le consentement du débiteur, pourvu que celui qui paie rapporte le jugement, et le *paiement* fait de ses deniers.

Mais il y a une autre manière d'acquérir, en justice, la subrogation à un droit, sans le fait de celui à qui ce droit appartiendrait, et même contre son gré. Cet état de choses existe, si les dettes actives d'un débiteur se vendent en justice; car la justice donne à celui qui s'en rend adjudicataire, le même droit qu'il aurait, si le débiteur lui avait vendu; et il sera subrogé aux hypothèques et aux priviléges. Domat, *loc. cit.*

Il s'était élevé quelques difficultés sur la question de savoir si, pour être subrogé aux hypothèques, la subrogation devait être faite en même temps que le paiement, et par la quittance. La loi 76, ff. *de solut.*, avec laquelle quelques autres n'étaient pas parfaitement d'accord, le voulait ainsi. La disposition de cette loi a été adoptée par l'art. 1250 du Code civil. La raison en est que le droit du créancier étant éteint par le paiement, il ne pourrait céder ce qu'il n'aurait plus, ni subroger à un droit éteint. D'ailleurs, la loi, par cette précaution, a voulu prévenir des fraudes qui pourraient se commettre, si on admettait une subrogation après le paiement.

C'est encore pour faire cesser des divergences d'opinions qui s'étaient élevées parmi les auteurs, et dans différens parlemens, qu'il a été décidé par l'art. 1252 du code, que la subrogation, ainsi qu'elle est établie, a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs; et, de plus, qu'elle ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie. En ce cas, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. Le créancier qui reçoit n'est jamais présumé céder un droit contre lui-même. *Creditor non videtur cessisse contra se*, dit Dumoulin, *de usur.*, *quæst.* 89, *n°* 670.

Ainsi, soit qu'il s'agisse de prendre une première inscription, soit qu'on doive en renouveler une déjà prise par le cédant, il faut s'inscrire, tant en vertu du titre primitif, qu'en vertu de la cession ou de la subrogation. L'inscription doit apprendre l'existence régulière de la surogation, soit conventionnelle, soit légale, sauf les modifications qui résulteraient des équipollences admises pour les formalités de l'inscription, sur lesquelles je me suis déjà expliqué.

92. La sévérité des principes sur cette matière a été portée bien loin par un arrêt de la Cour de cassation, du 5 septembre 1813, rapporté dans le recueil de Denevers, *même année*, *pag.* 503. Cet arrêt prouve combien il y a de précautions à prendre à cet égard.

Le 27 thermidor an 3, le sieur *de Romagnat* avait acheté des époux *Baray*, une maison, moyennant la somme de 800,000 fr. en assignats. Il fit transcrire et notifier aux créanciers inscrits. Les héritiers *Labour* étaient créanciers inscrits. Par un acte sous seing privé, du 29 thermidor an 6, le sieur Romagnat paya à ces héritiers une somme pour intérêts; mais, quant au principal, il promit le payer à termes; et les héritiers Labour lui promirent de le subroger à leurs droits, pour le surplus de leur créance, à mesure que les paiemens en seraient effectués. Les 29 prairial an 9, et 2 complémentaire an 11, le sieur de Romagnat paya la somme qui était due aux héritiers Labour; et ceux-ci lui en donnèrent une quittance, par acte aussi sous seing privé. Le 30 floréal an 13, l'ordre fut ouvert pour la distribution du prix. Le sieur de

Romagnat décéda au mois d'août 1807. Par deux actes notariés, des 20 octobre et 15 décembre 1808, les héritiers Labour consentirent à la radiation pure et simple de l'inscription qu'ils avaient prise dès le 23 floréal an 7. Six jours après le dernier de ces actes, la radiation fut effectuée. La dame de Romagnat se présenta à l'ordre, comme représentant son mari, acquéreur, et demanda à être colloquée pour la somme payée par ce dernier aux héritiers Labour, suivant les deux quittances des 29 prairial an 9, et 2 complémentaire an 11. Cette demande en collocation fut contestée, et rejetée successivement, par le tribunal de première instance, par la Cour d'appel, et par la Cour de cassation. Ce rejet fut fondé sur ce que la radiation de l'inscription des héritiers Labour était pure et simple; que les actes en vertu desquels elle avait eu lieu, n'exprimaient rien en faveur de la dame *de Romagnat;* que cette radiation étant du 21 décembre 1808, avait éteint la créance; qu'elle ne pouvait revivre par les quittances de l'an 9 et de l'an 11, parce que ces quittances étaient sous seing privé, et n'avaient pu avoir de date certaine que par leur enregistrement, qui était de 1810: que dès lors la subrogation était *légalement* postérieure à la radiation. On sent en effet qu'on ne peut être subrogé à ce qui n'existe pas; que la subrogation conventionnelle devait être faite en même temps que le paiement *effectif.* Ainsi, il a été jugé, 1° qu'une subrogation postérieure à une radiation pure et simple, était sans effet, relativement au créancier qui se faisait subroger; et qu'elle tournait uniquement au profit des créanciers inscrits, qui s'étaient pourvus en collocation à l'ordre; 2° que quoique l'acte du 29 thermidor an 6, eût une date certaine par la mort du sieur de Romagnat, arrivée au mois d'août 1807, la subrogation n'était pas pour cela valide, parce que, pour cette validité, il ne suffit pas qu'il y ait une promesse de payer la créance, et que le paiement doit s'opérer à l'instant même de la subrogation. Les circonstances donnent à cette décision une apparence de sévérité; néanmoins, on ne peut se dissimuler qu'elle est conforme aux principes, qui sont rigoureux en cette partie.

On voit donc qu'un acquéreur qui veut traiter avec un créancier inscrit, doit payer sa créance, et se faire subroger en même temps par un acte notarié, ou qui ait une date certaine. Il ne doit pas, dès le moment, faire faire la radiation. Il n'a qu'à se subroger à la demande en collocation du créancier qu'il a payé, se faire colloquer en vertu de la subrogation, demander à être autorisé à se retenir le montant de la collocation sur le prix de la vente, et à requérir la radiation de l'inscription, attendu l'extinction de la créance, et que l'objet qu'il a acquis est devenu libre de l'hypothèque.

93. Pothier, *Introduct. au tit.* 20 *de la Cout. d'Orl.*, n° 87, et *Traité de l'hypoth., pag.* 456, a examiné quel est, relativement au mode de collocation, le droit de plusieurs personnes qui paieraient, en différens temps, les portions d'une créance, et qui seraient subrogés, à mesure des paiemens, aux droits du créancier. Il disait que ces créanciers subrogés devaient venir, entre eux, par concurrence, à la place du créancier qui avait subrogé, et à la date de son hypothèque, sans avoir aucun égard à la priorité ou postériorité des subrogations. Telles sont encore les règles qui doivent être suivies. Je développe les principes auxquels elles remontent, dans des observations générales qui sont en tête du chapitre 4 de cette première partie. On peut voir encore ce qui en est dit, 2° *partie, chapitre* 1er, 3° *sect.*, § 1er, où je traite des priviléges sur les immeubles.

Néanmoins, je crois devoir présenter ici des observations qui peuvent tendre à quelques modifications de ces règles. Il me semble qu'on devrait distinguer le cas de subrogations qui seraient faites par un créancier à ses droits, dans l'intérêt de son débiteur, ou dans l'intérêt des tiers qui contracteraient avec ce débiteur, du cas où le créancier subrogerait à ses droits dans son propre intérêt, comme, par

exemple, si, pour se libérer envers ses propres créanciers, il leur cédait sa créance, et les subrogeait à tous ses droits, priviléges et hypothèques; car la subrogation, en ce sens, est une véritable cession ou transport.

Au premier cas, soit qu'il s'agisse d'une subrogation faite à plusieurs personnes, simultanément, soit qu'il y ait des subrogations faites à différentes personnes, successivement et en différens temps, le principe de concurrence entre ces différentes personnes doit avoir lieu. Le créancier subrogeant est présumé n'avoir voulu accorder aucune préférence à l'un de ces particuliers sur l'autre : il a voulu que tous reçussent ses droits, collectivement, de la même manière qu'il les aurait reçus, seul, personnellement. Le droit de tous les subrogés à la même principe, la même cause et la même faveur; *sunt ejusdem tituli*. Ce droit émane du titre auquel on est subrogé, et il est indépendant de l'époque du paiement et de la subrogation. Mais, dans ce cas, si toute la créance ne se trouve pas cédée; s'il en reste dû une partie au créancier, celui-ci, en venant à un ordre, serait préféré à tous ses subrogés, pour le restant de ce qui lui serait dû. C'est le cas d'appliquer l'art. 1252 du Code civil. Ce que je viens de dire s'applique au cas de la subrogation à une hypothèque légale, affranchie de l'inscription, comme à celui de la subrogation à une hypothèque spéciale, soumise à l'inscription.

Au second cas que j'ai indiqué, il ne devrait pas en être de même. Un créancier qui, pour sa libération, ou autrement, dans son propre intérêt, cède sa créance à ses propres créanciers, avec subrogation, transige avec ceux-ci dans un esprit différent, qui appelle d'autres principes. Soit qu'il s'agisse d'un privilége, d'une hypothèque légale, ou d'un droit hypothécaire spécial, lorsqu'il fait des cessions avec subrogation, à diverses personnes successivement, il est sensible qu'à mesure qu'il cède et qu'il subroge, il se dessaisit de sa créance partiellement, et chacun des cédataires subrogés prend la portion de créance qui lui a été cédée, jusqu'à l'épuisement des fonds à distribuer. Ils viennent tous sous une même date de collocation, qui est celle qu'a dû avoir la créance cédée par parties; mais chacun prend ce qui lui a été cédé. Dans le même cas, le subrogeant ne pourrait venir à un ordre pour être payé de ce qui lui serait resté dû, qu'après que tous ses subrogés auraient reçu le montant de leurs subrogations, à moins qu'il n'y eût une convention contraire. Tout ceci rentre dans les principes de la garantie d'une cession de la part d'un débiteur, pour opérer sa libération. On ne peut céder valablement ce qu'on a déjà cédé à un autre.

Il faut cependant observer que dans ce que je viens de dire, j'ai supposé que la créance cédée partiellement avait été inscrite auparavant. Si elle ne l'avait pas été, et si les cédataires prenaient ensuite, chacun séparément, des inscriptions, en vertu de leurs cessions, chaque inscrivant serait payé au rang de son inscription. L'inscription donne un droit d'exclusion contre tout créancier non inscrit, qui n'a point de rang; et elle donne un droit de préférence contre tout créancier qui ne s'est inscrit que postérieurement.

§ III.

Des effets des inscriptions sous le rapport de l'attribution de compétence. Des suites de l'élection de domicile. Des intérêts de la créance. De la durée de l'inscription et de son renouvellement. De l'instant jusqu'au quel l'inscription peut être prise.

SOMMAIRE.

94. *Quel est le tribunal compétent pour prononcer sur les demandes en mainlevée d'inscription?*

95. *Les règles relatives à la compétence, pour les demandes en main levée*

94. L'ARTICLE 2159 du Code civil semblerait ne point laisser de difficulté sur la question de savoir quel est le juge compétent pour connaître des demandes en mainlevée et radiation des inscriptions. Il est cependant vrai que cette question n'est pas, à beaucoup près, aussi simple qu'on le croirait. Sa décision est subordonnée à beaucoup de circonstances qui donnent lieu à des distinctions qu'il faut saisir avec soin.

Pour se former, à cet égard, des idées précises, il faut distinguer principalement trois différens cas; celui où l'action en mainlevée de l'inscription est purement personnelle; celui où elle est réelle; et enfin le cas où il y a litispendance ou connexité de la demande en mainlevée de l'inscription, avec des contestations qui doivent être portées devant un tribunal autre que celui dans l'arrondissement duquel l'inscription a été prise.

Avant de poursuivre ces trois cas, il faut se fixer sur un principe général. Ce principe est que l'inscription est l'exercice d'un droit réel sur l'immeuble grevé de l'hypothèque. Ce droit affecte l'immeuble même, qui dès lors cesse d'être libre; et ce droit participant de la nature même de

l'immeuble, on peut dire que toute action qui tend à le faire disparaître doit être portée devant le tribunal de la situation du fonds même. Cela résulte de l'ensemble des articles relatifs à la mainlevée et radiation de l'inscription, et même de la nécessité d'élire domicile dans l'arrondissement du tribunal de la situation. Cependant ce principe peut être modifié par des circonstances auxquelles la mainlevée de l'inscription peut être subordonnée, telles que celles dont je viens de parler; et c'est par cette raison qu'on voit, dans la discussion au Conseil d'état des articles 2156 et 2157, des hésitations sur l'indication définitive du tribunal qui serait compétent. Tel est le motif pour lequel l'article 2156 s'est contenté de dire que les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers, seront intentées devant *le tribunal compétent*, par exploit, etc., sans indiquer quel était ce tribunal compétent; en sorte qu'il a renvoyé la fixation de cette compétence à la disposition d'autres articles, et même aux principes généraux sur l'exercice et la nature des actions.

Il est dit dans l'art. 2159 : « La radiation non consentie est demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, si ce n'est lorsque cette inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indéterminée, sur l'exécution ou liquidation de laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en instance ou doivent être jugés dans un autre tribunal; auquel cas, la demande en radiation doit y être portée ou renvoyée.

« Cependant la convention faite par le créancier et le débiteur, de porter, en cas de contestation, la demande au tribunal qu'ils auraient désigné, recevra son exécution entre eux. »

Mais cet article n'embrasse pas tous les cas qui peuvent donner lieu à l'exercice de l'action en mainlevée ou en radiation devant un tribunal autre que celui dans l'arrondissement duquel l'inscription aura été prise. En effet, cette action peut être personnelle et réelle tout à la fois, ou, pour mieux dire, elle est toujours réelle, en ce qu'elle tend à libérer l'immeuble qui en est affecté; mais ce qu'il y a de réel peut être subordonné à une action purement personnelle qui devient préjudicielle, et alors la compétence doit se fixer sous le rapport de la personnalité.

Ainsi, s'il arrive que le débiteur veuille attaquer le titre en vertu duquel l'inscription a été prise, en rescision ou nullité, pour cause de dol, fraude ou erreur, ou pour cause d'incapacité, comme il s'agissait d'une obligation souscrite par une femme mariée, ou par un mineur, sans les formalités requises, cette demande pourra être portée devant le tribunal du domicile du créancier; parce qu'il est évident qu'il ne s'agit alors que d'une action personnelle; et cette action étant admise, la radiation de l'inscription en sera une suite. La Cour de cassation a rendu un arrêt dans ce sens, le 1er floréal an 12. La femme Menager, domiciliée au Hâvre, avait consenti, avec son mari, une obligation au profit des personnes domiciliées à Paris, avec hypothèque sur ces biens dotaux situés au Hâvre, sur lesquels il avait été pris des inscriptions. Il a été jugé qu'elle n'avait pu faire assigner, au tribunal du Hâvre, ses créanciers, pour voir prononcer la nullité de son obligation, et en même temps la mainlevée des inscriptions. Elle se fondait sur son incapacité de s'obliger et d'hypothéquer. Il fut dit que cette action n'avait pu être portée que devant le tribunal du domicile des créanciers, attendu *que toute demande en nullité d'un acte doit être adressée au domicile de celui contre qui cette nullité est demandée.*

On pourrait cependant croire, d'après l'arrêt, que l'assignation donnée au Hâvre aurait été admise, si on y eût conclu simplement à la *mainlevée de l'inscription.* On y voit, en effet, qu'au tribunal du Hâvre, la dame Menager, pour saisir avec plus de certitude ce tribunal de la contestation, y avait renoncé à sa demande en nullité, en disant que cette nullité était de droit, comme étant prononcée par la Coutume de Normandie, et qu'elle avait restreint ses conclusions à la mainlevée

des inscriptions hypothécaires. L'arrêt jugea que ces conclusions avaient été prises *tardivement*, parce qu'alors la contestation était liée; et de ce dispositif, on peut conclure que la demande aurait été accueillie, si d'abord elle eût porté uniquement sur la mainlevée des inscriptions. Mais je crois qu'il est plus prudent de porter la demande, dans le cas dont il s'agit, au tribunal du domicile du créancier. La raison en est que la demande, de quelque manière qu'on la présente, prend toujours son fondement dans une nullité de l'obligation comme engagement, abstraction faite de tous vices de formes; qu'on ne peut venir à la mainlevée de l'inscription, sans faire prononcer la nullité de l'engagement. Et dans tout cela, il n'y a rien que de personnel; ou, au moins, ce qu'il y a de réel est entièrement subordonné à ce qui est personnel.

Venons au cas où l'action en mainlevée de l'inscription est purement réelle : cela arrive, si cette action est fondée uniquement sur un vice de formes dont l'acte, pris matériellement, et non comme obligation ou engagement, serait infecté; si la spécialité de l'hypothèque n'avait pas été faite avec les énonciations et les formes propres à la constituer, et prescrites par la loi; si, enfin, l'inscription en elle-même contenait une omission de formalités qui l'annulerait. Alors, rien n'empêcherait que le tribunal de la situation de l'immeuble ne connût de la demande en mainlevée. On en sent facilement la raison. L'action prendrait son principe dans la *réalité* : il s'agirait alors de détruire une impression d'hypothèque, par des causes inhérentes aux actes qui produisent cette impression, abstraction faite de la validité ou invalidité de tout engagement. L'action pourrait donc devenir un droit réel.

Il en serait de même, si la demande en mainlevée était fondée uniquement sur l'extinction de l'obligation, par le paiement, par la compensation ou par la prescription, ou s'il s'agissait de la réduction de l'hypothèque, parce qu'une partie seulement de la créance aurait été éteinte. Le paiement est un fait matériel, qui détruit ou réduit l'hypothèque : on peut voir là un droit réel; il n'y a point d'action personnelle sur laquelle il faille préalablement statuer. C'est dans tous les cas ci-dessus, que les termes de l'article 2159 reçoivent leur application dans toute leur force. *La radiation non consentie est demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription est faite.*

Je passe au troisième cas indiqué par l'article 2159, qui est celui où le sort de l'inscription tiendrait à une décision qui devrait être rendue par un tribunal autre que celui de la situation de l'immeuble; de manière que l'effet de l'inscription serait subordonné à cette décision. Alors, la demande en mainlevée et radiation de l'inscription, devrait être portée devant le tribunal saisi des contestations desquelles le sort de l'inscription dépendrait. Et si ces contestations ne naissaient qu'après que la demande en mainlevée et radiation de l'inscription aurait été portée au tribunal de la situation, ce tribunal devrait renvoyer cette demande à celui qui serait saisi des contestations avec lesquelles il y aurait connexité.

On peut prendre des idées sûres sur l'application de l'art. 2159, dans un arrêt de la Cour de cassation, du 6 mai 1812. La dame Sineti avait pris, le 4 mars 1811, une inscription sur les biens de son mari, situés dans l'arrondissement du tribunal de Moulins; mais cette inscription avait pour objet la sûreté d'une créance de 200,000 fr., qui lui était due par la succession de la dame de Brancas, sa mère, qui la lui avait constituée en dot, et dont le recouvrement avait été négligé par le sieur Sineti, qui en devenait garant. Il s'était formé, au tribunal de la Seine, une instance considérable entre la dame Sineti et les autres ayans droit à la succession de sa mère, relativement à la liquidation de cette succession; la dame Sineti, craignant de ne pouvoir recouvrer, dans la succession de sa mère, la totalité de sa créance, à raison de ces contestations, traduisit le sieur Sineti devant le tribunal civil de la Seine, à l'effet

d'être tenu d'intervenir dans les instances et opérations relatives aux liquidation et partage de la succession de sa mère. Le sieur Sineti qui, de son côté, fit assigner cette dame au tribunal civil de Moulins, pour obtenir la mainlevée de l'inscription, déclina le tribunal civil de la Seine, et soutint qu'il n'y avait d'autre tribunal compétent pour statuer sur l'effet de l'inscription, que celui de Moulins. La Cour de cassation, en procédant à un règlement de juges, ordonna que, tant sur la demande formée par la dame Sineti contre son mari, devant le tribunal civil de la Seine, que sur celle formée ultérieurement par le sieur Sineti, en mainlevée d'inscription, contre la dame son épouse, devant le tribunal civil de Moulins, les parties procéderaient devant le tribunal de première instance de la Seine. L'arrêt est motivé sur ce « que la demande de la dame Sineti est principale, et formée devant le tribunal de la Seine, où était portée la liquidation de la succession Cereste Brancas, contre les biens de laquelle le sieur Sineti a dû prendre, pendant son mariage avec la demoiselle Brancas, toutes les précautions convenables pour assurer à celle-ci le recouvrement intégral de sa dot; que l'inscription prise par la dame de Brancas, sur les biens du sieur Sineti, en vertu de son contrat de mariage, a donc été prise pour sûreté de la *condamnation éventuelle* du sieur Sineti, dans le procès sur la liquidation Cereste Brancas. »

On sent facilement que l'art. 2159 est susceptible d'une certaine latitude dans son application. Pour que le renvoi eût lieu à un tribunal autre que celui de la situation, il ne faudrait pas toujours que l'inscription tînt à une condamnation purement éventuelle et indéterminée. Il suffirait, sans doute, que le sort de l'inscription, quel que fût l'état des choses lorsqu'elle a été prise, et quoiqu'il n'y ait eu alors rien d'éventuel ou de conditionnel, se trouvât enveloppé dans les contestations qui seraient pendantes à tout autre tribunal compétent pour en connaître; en sorte que l'effet ou l'anéantissement de l'inscription dépendît de la décision à intervenir sur ces contestations. La demande en mainlevée de l'inscription pourrait être formée devant un tribunal saisi de contestations relatives à des liquidations entre des héritiers ou des associés, qui pourrait ne pas être celui dans l'arrondissement duquel l'inscription aurait été prise; ou bien la demande en mainlevée, portée d'abord dans ce dernier tribunal, devrait être envoyée au tribunal saisi des contestations dont je viens de parler, si l'inscription en dépendait entièrement. On sent que cela arriverait principalement, si certains héritiers ou associés eussent pris des inscriptions contre quelques-uns de leurs cohéritiers ou coassociés, et qu'il dût dépendre de la décision du tribunal saisi des contestations relatives à la liquidation de la succession, ou de l'association, la question de savoir si ceux qui sont grevés des inscriptions seraient, ou non, débiteurs. La connexité pourrait même être opposée contre un tiers acquéreur qui formerait contre un créancier inscrit la demande en mainlevée de l'inscription, et cette connexité opérerait la nécessité du renvoi. Cela devrait être ainsi, par exemple, si le débiteur et le créancier étaient en instance sur la validité ou invalidité de l'inscription, dans un tribnnal autre que celui de la situation. Le renvoi pourrait cependant être refusé, s'il s'agissait uniquement de nullités de formes opposées par ce tiers acquéreur contre la constitution de la spécialité, ou contre l'inscription en elle-même.

Mais aussi on conçoit que pour que la suspension de l'instance, sur la demsnde en mainlevée de l'inscription, ou son renvoi, puissent avoir lieu, il faut qu'il y ait une connexité parfaite entre les causes de l'inscription et l'objet des contestations dont un autre tribunal serait saisi. Car si l'inscription était fondée en elle-même, si elle devait avoir son effet, quel que pût être le sort des discussions relatives à la liquidation, soit d'une succession, soit d'une association, l'inscription devrait tenir ou au moins être jugée, quant à son effet, par le tribunal de l'arrondissement

dans lequel elle aurait été prise, d'après le principe général. C'est alors le cas d'appliquer un arrêt de la Cour de cassation, du 17 décembre 1807, et auquel, pour abréger, il suffit de renvoyer.[1]

M. Persil, *Rég. hyp., sur l'art.* 2159, *n*os 5 *et* 6, examine deux questions, 1° celle de savoir si, lorsque la demande en radiation est principale, et qu'elle ne se rattache à aucune autre contestation pendante ailleurs, le juge du domicile, qui s'en trouve saisi, est obligé de la renvoyer d'office au juge de la situation; 2° si la stipulation que l'art. 2159 permet de faire au créancier et au débiteur, qu'en cas de contestation, la demande sera portée devant le tribunal que les parties désigneront, peut lier des tiers créanciers ou acquéreurs. Il se décide pour la négative sur ces deux questions. On ne peut qu'approuver ces décisions, ainsi que les motifs sur lesquels il les fonde.

Observons que de quelque tribunal qu'émane le jugement qui prononce la mainlevée de l'inscription, la radiation ne peut en être refusée par le conservateur des hypothèques, sur les registres duquel elle a été faite, d'après la représentation d'une expédition exécutoire du jugement qui l'ordonne. Tel est le résultat des art. 2156 et 2157, qui, comme l'art. 2159, supposent que la radiation peut être ordonnée par tout autre tribunal que celui de la situation.

95. Mais il faut remarquer que tout ce qui vient d'être dit, doit être restreint au seul cas que j'ai indiqué, qui est celui où il s'agirait d'une simple demande en mainlevée d'inscription, pour extinction de la dette ou pour nullité, soit du titre, soit de l'inscription. Car s'il s'agissait d'une demande en ouverture d'ordre, pour la distribution du prix d'immeubles vendus et grevés d'hypothèque, même quand ces immeubles dépendraient d'une succession non encore partagée, et sur laquelle il pourrait exister des contestations pendantes à un autre tribunal que celui dans l'arrondissement duquel les inscriptions auraient été prises, comme, par exemple, au tribunal dans lequel la succession aurait été ouverte, il faudrait alors se décider par d'autres principes. Il est dit dans l'article 4 de la loi du 14 novembre 1808 : « Les procédures relatives, tant à l'expropriation forcée *qu'à la distribution du prix des immeubles*, seront portées devant les tribunaux respectifs de la situation des biens. » Il y a, dans cette disposition, une attribution positive de compétence qui intéresse moins le créancier inscrit et le débiteur, que les créanciers qui doivent se partager le prix dérivant du gage de leurs créances. C'est aussi ce qui a été décidé par un arrêt de la Cour de cassation, du 24 avril 1809. La Cour royale de Paris, qui, dans quelques circonstances, avait pris des décisions contraires, s'est conformée à celle de la Cour de cassation, par un arrêt du 26 juin 1813.[1]

96. Je vais actuellement examiner quelles sont les formes qui doivent être observées sur la demande en mainlevée ou radiation de l'inscription, lorsque, d'après les circonstances dont il vient d'être parlé, elle doit être portée devant le tribunal de l'arrondissement dans lequel elle a été prise. Mais auparavant je dois faire quelques observations sur l'élection du domicile.

Le tribunal de la situation étant celui qui doit connaître de tout ce qui affecte l'immeuble, de toutes les demandes relatives aux inscriptions, de tout ce qui tient à la purgation des hypothèques, et enfin de l'ordre et distribution du prix, il était dans l'ordre que tout créancier qui s'inscrivait élût un domicile dans l'arrondissement de ce tribunal, outre l'indication de son domicile réel; laquelle dernière indication a pour objet de le faire connaître, afin de faciliter l'exécution des jugemens qui pourraient intervenir contre lui. On

[1] Sur les trois arrêts que je viens de citer, voyez Denevers, an 1812, pag. 502; an 1808, pag. 3, au suppl.; an 12, pag. 421

[1] Sur les deux arrêts que je viens de citer, voyez Denevers; an 1809, pag. 47, au suppl.; an 1814, pag. 70 au suppl.

sent d'ailleurs combien cette élection de domicile doit éviter des frais. Tel était le vœu, et par les mêmes motifs, de l'édit de 1771, relativement aux oppositions aux lettres de ratification. Tel a été celui de l'art. 2148 du Code civil, § 1er. Je pense qu'il est sans difficulté que, si le créancier qui s'inscrit a son domicile réel dans l'arrondissement du tribunal de la situation de l'immeuble, il peut élire, pour l'objet de l'inscription, domicile en sa maison. La loi exige seulement l'élection d'un domicile *dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau.*

Il est dit dans l'art. 2152 qu'il est loisible à celui qui a pris une inscription, ainsi qu'à ses représentans ou cessionnaires, *par acte authentique*, de changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui élu, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement. L'authenticité de la cession fut ajoutée, lors de la discussion sur la rédaction de l'article, parce qu'on ne voulait pas favoriser des changemens frauduleux de domicile. Une décision ministérielle, en date du 28 pluviôse an 9, fixe les formalités de cette déclaration de changement de domicile. Elle doit être faite en marge de l'inscription. Le créancier doit la signer. Si l'espace manquait, elle doit être portée à la date courante du registre, en consignant en marge une date indicative du volume et du numéro où est placé le changement de domicile. Si la partie ne sait pas signer, il faut un acte notarié.

Mais ce qu'il y a de plus essentiel à remarquer, c'est que le domicile élu n'est pas changé par le décès de l'avoué ou de toute autre personne chez qui il aura été élu. Cela doit avoir lieu, quand cette personne ne laisserait ni successeurs ni héritiers. S'il n'y avait personne à ce domicile, l'huissier suivrait les dispositions prescrites dans ce cas par le Code de procédure. Tout cela résulte de la disposition de l'art. 2152, et plus particulièrement encore de celle de l'article 2156. C'est au créancier inscrit à s'instruire de ces changemens et à faire une nouvelle élection de domicile.

Je viens donc aux formes de la demande en mainlevée de l'inscription. Les difficultés que j'ai vu éprouver, souvent même par des personnes versées dans la pratique, tiennent à l'exécution des art. 48 et 50 du Code de procédure civile, qui sont relatifs à la citation préalable en conciliation. Cette citation est-elle nécessaire? et si elle l'est, doit-elle être donnée au domicile élu dans l'arrondissement, ou à celui du domicile réel du créancier inscrit? On sent que, dans l'un et l'autre de ces deux cas, la conciliation devrait être requise auprès du juge de paix des domiciles respectifs, sauf, dans le second cas, le renvoi du fond, en cas de non conciliation, au tribunal de l'arrondissement où l'inscription aurait été prise.

Mais je pense qu'il ne faut point de citation en conciliation. Je me fonde sur les exceptions établies par l'art. 49 du même Code de procédure. Ces exceptions portent, § 2, 5 et 7, sur les demandes qui requièrent célérité, sur celles en mainlevée *de saisies ou oppositions, et en général sur les saisies, etc.* Serait-il possible de ne pas placer, dans toutes ces catégories, la demande en mainlevée d'une inscription hypothécaire? Quand elle aurait même une courte durée, elle pourrait porter un coup funeste à celui sur qui elle frapperait. Il pourrait souvent manquer l'occasion d'une vente utile, ou se voir dans l'impossibilité de faire un emprunt indispensable pour le maintien de son crédit. Aussi j'ai remarqué que, dans les tribunaux de première instance, les demandes en mainlevée et radiation d'inscription y étaient portées directement, sans citation préalable en conciliation. Au surplus, on évite toutes les difficultés en introduisant sur cette demande en mainlevée un provisoire par requête, pour en venir à l'audience, ce qui rentre dans les dispositions de l'art. 72 du même Code de procédure. Alors l'autorité de la justice se réunit à la nature de la demande pour rendre inutile la citation en conciliation. Tout ce que je viens de dire pour le cas de la demande en mainlevée, formée par le débiteur contre le créancier, s'applique également au

cas de la demande du tiers acquéreur, aussi contre les créanciers inscrits. Cette matière est urgente de sa nature.

97. Mais il est nécessaire de venir, à ce sujet, à une autre question qui a de l'importance. A supposer que l'inscription hypothécaire ne contînt pas la mention d'une élection de domicile dans l'arrondissement, omission qu'on a vu arriver quelquefois, en résulterait-il la nullité absolue de l'inscription? Cette nullité, comme on le sent, ferait perdre le rang de l'hypothèque.

Sous l'édit de 1771, le défaut d'élection de domicile, dans l'opposition aux lettres de ratification qui a été remplacée par l'inscription, en aurait entraîné la nullité. La raison en était que l'art. 22 de cet édit prescrivait, *sous peine de nullité*, l'élection dans le lieu où se faisait l'enregistrement, c'est-à-dire, dans le lieu où les lettres de ratification devaient être expédiées, et où l'ordre devait se faire. La mention des noms de baptême, famille, qualité et demeure de l'opposant, était aussi exigée, sous la même peine. Or, de même que si cette peine de nullité n'eût pas été prononcée par cet édit, les tribunaux ne l'auraient pas non plus prononcée, de même aussi elle ne devrait pas être infligée sous le Code civil, dès qu'il garde le silence sur la nullité, par la raison que les nullités n'ont point lieu de droit, et qu'elles ne peuvent émaner que de la loi. Si la Cour de cassation n'a pas cru devoir, dans les derniers temps, annuler les inscriptions, à raison d'omissions ou d'erreurs qui s'y seraient glissées sur d'autres points, ainsi que je l'ai déjà dit, en m'expliquant plus particulièrement sur les formalités des inscriptions, on ne voit pas pourquoi on serait plus sévère sur l'omission de l'élection du domicile dans l'arrondissement. Tout ce qui devrait résulter de cette omission contre le créancier inscrit, c'est qu'on ne serait tenu de lui donner aucune des citations et notifications prescrites par la loi, soit pour purger l'immeuble sur lequel l'inscription porterait, soit pour le faire exproprier, soit pour en partager le prix; en sorte que si le créancier inscrit ne se présentait pas pour parvenir à la participation de l'ordre, soit qu'il fût convenu entre les créanciers, soit qu'à défaut d'ordre amiable, l'ordre se fit judiciairement, il en résulterait une déchéance de tout droit, au moins relativement au prix qui serait à distribuer. Mais s'il se présentait de lui-même en temps utile; soit pour enchérir sur un acquéreur volontaire, soit pour se faire colloquer dans l'ordre, il n'y aurait nulle raison de lui contester l'exercice de son hypothèque; car, malgré le défaut, dans le bordereau, d'une élection de domicile dans l'arrondissement, les tiers n'en ont pas moins pu connaître l'existence de l'hypothèque, sa cause, sa nature, son importance. Cette opinion a été émise par un auteur versé dans la matière (M. Guichard), dans un passage cité par M. Sirey, *tom.* 10, 2e *partie*, *pag.* 250. Elle a été soutenue par d'autres auteurs. La Cour royale de Metz l'a encore adoptée par un arrêt du 2 juillet 1812, rapporté dans le recueil de Denevers, *an* 1813, *pag.* 38, *au suppl.* Cet arrêt est parfaitement motivé. Pour abréger, je renvoie aux motifs qui méritent d'être médités.

Je dois cependant faire observer que, soit dans l'opinion de M. Guichard, soit même dans les motifs de l'arrêt de la Cour royale de Metz, la nullité de l'inscription est écartée, en disant que la peine de l'omission se réduit à ce que, si le créancier inscrit est domicilié hors de l'arrondissement, on se dispensera de lui donner aucune citation ni signification, soit *pour demander la mainlevée de son inscription*, soit pour purger l'immeuble, etc. Mais on ne peut pas identifier la position du débiteur avec celle des tiers. Ces derniers n'ont alors rien à faire. Mais le débiteur ne peut obtenir que dans un tribunal la mainlevée de l'inscription; et pour cela, il faut qu'il la demande sur une assignation donnée aux créanciers inscrits. Donc, il devient indispensable qu'il fasse donner l'assignation au domicile réel, quelque part qu'il soit, n'y en ayant pas d'élu. Ainsi le tort qui résulte

contre le débiteur, du défaut d'élection de domicile dans l'arrondissement, est seul grave. Cependant, je pense que, dans la circonstance, il devrait être astreint à donner son assignation au domicile réel, sauf à avoir égard au préjudice qui en résulterait, lorsqu'il s'agirait de statuer sur les frais. Il paraîtra toujours trop dur de prononcer la déchéance d'une hypothèque, sur l'omission d'une formalité à laquelle la loi n'attache pas la peine de nullité, et qui ne nuit point aux parties intéressées, ou qui ne peut, tout au plus, que porter à l'une d'elles un préjudice léger, et facilement réparable.

Je regardais cette opinion comme devant être suivie sans difficulté, lorsque j'ai remarqué que le contraire avait été jugé par un arrêt de la Cour de cassation (section des requêtes), du 2 mars 1816, rapporté dans le même recueil, *an* 1816, *pag.* 465. Cet arrêt formera-t-il une jurisprudence constante, surtout dès qu'il prononce la nullité de l'inscription, non sur la réclamation du débiteur, mais sur celle de deux créanciers inscrits? C'est ce qu'il ne m'appartient ni de prévoir, ni de décider. Au surplus, je prendrai occasion de l'arrêt dont on doit sentir tout le poids, pour faire connaître combien il est important de ne pas omettre, dans l'inscription, outre la mention du domicile réel, l'élection d'un domicile dans un lieu de l'arrondissement.

98. Il n'y avait pas anciennement une jurisprudence uniforme dans tous les parlemens du royaume, sur la question de savoir si les intérêts ainsi que les dépens doivent être colloqués au même rang que le capital de la créance. On se formera des idées sur l'ancienne jurisprudence à cet égard, d'après les autorités qui sont rapportées dans le Répertoire de jurisprudence, au mot *Hypothèque*, *sect.* 1re, § 11 *et* 12. Il est cependant vrai que la jurisprudence la plus générale était que les intérêts et arrérages de rentes, et même les dépens, suivaient le sort du capital. C'est ce qui se jugeait dans le ressort du parlement de Paris. Telle était la disposition, au moins pour les intérêts auxquels les dépens devaient être assimilés, de la loi 12, § *sciendum*, et de la loi 18, ff. *qui pot. in pign.*

Mais, sous la législation actuelle, l'affirmative ne fait plus de difficulté. Aucune disposition législative ne sépare, du rang d'hypothèque du capital, les intérêts ni les dépens. L'identité d'hypothèque résulterait même de l'art. 2148, § 4. Cet article exige l'inscription pour le capital des créances exprimées dans le titre, comme aussi pour le montant des accessoires de ce capital. Or, on ne voit pas que ces *accessoires* puissent être autre chose que les intérêts et les frais; et cette idée est généralement reçue. L'objet essentiel est que l'inscription porte particulièrement sur le montant du capital, sur celui des intérêts et des frais. Tout ce qui compose la créance doit être connu des tiers.

Mais, par rapport aux intérêts qui doivent échoir après l'inscription, et qui, autrefois, suivaient le sort du capital, jusqu'au paiement, pour quelque nombre d'années qu'ils se fussent accumulés, la publicité de l'hypothèque a apporté un grand changement, comme sur beaucoup d'autres parties. Ce changement est établi par l'art. 2151 du code. « Le créancier inscrit, y est-il dit, pour un capital portant intérêts ou arrérages, a droit d'être colloqué pour deux années seulement, et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque, à compter de leur date, pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription. »

Ainsi, pour tous les intérêts échus au moment de l'inscription, cette inscription les conserve comme le capital même. L'inscription conserve encore au même rang deux années d'intérêts ou arrérages, à compter de cette inscription, et encore l'année courante, ou la partie de cette troisième année qui courra lors de la collocation. Cet article diffère de l'art. 19 de la loi de brumaire, qui restreignait cette faveur, art. 19, à deux années d'arrérages. De cette différence de dispositions, il suit que, quand la créance aurait été consti-

tuée sous la loi de brumaire, si l'hypothèque en est exercée seulement sous le Code civil, et si le créancier, qui serait en opposition avec celui qui réclamerait deux ans, et de plus l'année courante, n'avait acquis des droits que sous le Code civil, l'allocation des intérêts pour lesquels l'inscription serait prise, devrait être réglée par ce Code, et non par la loi de brumaire. Tel est le résultat des principes posés dans deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 5 mars 1816, l'autre du 16 mars 1820. *Denevers*, 1816, *pag.* 151, *et an* 1820, *pag.* 282. Ces arrêts ont été rendus, à la vérité, pour le cas d'un privilège de prix de vente; mais les principes qui y sont admis conduisent à l'opinion que je viens d'émettre, pour le cas où il s'agirait d'intérêts de créances ordinaires.

Je pense bien que l'inscription qui serait prise seulement pour le capital et pour les frais et intérêts échus alors, conserverait de droit les deux années suivantes et l'année courante après; cependant il est toujours bon d'en faire mention dans l'inscription, et cela se pratique. Mais, à l'égard des intérêts qui peuvent échoir ensuite, l'inscription devient nécessaire pour la conservation de l'hypothèque, au fur et mesure des échéances; et l'hypothèque, pour chacune de ces années, ne remonte qu'à la date de l'inscription qui les concerne. La raison en est que ces intérêts, à mesure qu'ils courent, forment autant de créances successives qui n'ont pu être connues par la première inscription, et elles doivent l'être dans l'intérêt des tiers.

Il faut cependant remarquer que, pour prendre ces nouvelles inscriptions, il ne faut pas une nouvelle condamnation des arrérages. Les intérêts du capital hypothécaire participant toujours au sort de ce capital, ils portent hypothèque comme le capital même, et l'inscription n'est nécessaire, à leur égard, que pour donner l'efficacité à l'hypothèque dont ils sont revêtus, comme pour toutes les créances hypothécaires en général.

99. On a élevé la question de savoir si l'art. 2151 du code s'applique, ou non, aux intérêts ou arrérages de rentes provenant de créances hypothécaires antérieures à la loi du 11 brumaire an 7; de manière que, pour ces intérêts ou arrérages, des inscriptions prises tous les dix ans, par suite de l'art. 37 de cette loi; et dont la première aurait été prise dans les délais qui y sont fixés et qui sont prorogés par des lois suivantes, suffiraient pour assurer l'hypothèque de la créance à tous ces intérêts ou arrérages, à quelque époque qu'ils remontassent.

La négative paraît avoir été décidée par un arrêt de la Cour de cassation, du 13 thermidor an 12, rapporté par M. Merlin, *Rép. de jurispr.*, au mot *Hypothèque*, *sect.* 2, § 2, *art.* 14, *n°* 1er. Il suppose aussi que la question a été ainsi décidée. Mais, malgré cet arrêt, cette question ne laisse pas d'être délicate, et de souffrir beaucoup de difficulté. On ne peut pas plus dire qu'il y ait rétroactivité dans l'art. 1651 du Code civil, et dans l'art. 19 de la loi de brumaire, qui y était conforme à une nuance près qui est ici indifférente, et sur laquelle je m'explique ailleurs, qu'il y en a dans la loi qui a prescrit la nécessité de l'inscription des anciennes hypothèques pour être conservées. L'inscription pour les intérêts à venir, indépendamment des deux années et de la courante, a eu pour motif la crainte d'une collusion entre le créancier et le débiteur, qui aurait pour objet de répéter, au préjudice des autres créanciers, des intérêts qui auraient pu être payés, et dont les quittances seraient perdues ou supprimées. Les intérêts à venir sont comme une espèce de créance ajoutée à la première, qui est le capital; et la loi a pu établir une règle sur cette nouvelle créance qui était sous son empire, n'étant pas échue auparavant. On peut donner pour principe, comme je le dis ailleurs, que, par cela seul que la créance en capital est soumise à l'inscription, les intérêts à venir le sont aussi, de la manière dont la loi l'a voulu.

D'ailleurs, on ne peut pas dire que la question ait été jugée précisément par l'arrêt du 13 thermidor an 12; car il est

motivé simplement sur ce qu'il s'agissait d'intérêts échus avant la promulgation de la loi du 11 brumaire, et il est ajouté : « Et que, d'ailleurs, il n'y a point eu de contestation sur la quotité de ces intérêts, ni en cause principale, ni en cause d'appel. » Ainsi je pense toujours que l'art. 19 de la loi de brumaire, et l'art. 2651 du Code civil, s'appliquent aux anciennes créances, comme à celles qui ont pris naissance depuis l'une ou l'autre de ces deux lois. Il est au moins prudent d'agir en ce sens.

100. Si le créancier inscrit avait été payé de deux ou même de plusieurs années qui auraient suivi immédiatement l'inscription, comme cela arrive souvent, et s'il ne s'était fait des arrérages qu'après l'échéance de deux années, quel serait alors l'effet de l'inscription qui n'aurait pas été renouvelée? Il est constant qu'elle conserverait deux de ces années postérieures, et celle qui courrait au moment où le paiement s'effectuerait. On sent que cette année courante n'a jamais pu être que la dernière, c'est-à-dire, celle dans laquelle se fait le paiement, parce qu'on ne peut pas s'inscrire pour une année d'intérêts ou d'arrérages, avant qu'elle soit échue. La Cour royale de Riom avait jugé, par un arrêt du 16 décembre 1813, que les années conservées par l'art. 2151, par l'effet de l'inscription, étaient limitativement les trois premières années qui avaient suivi immédiatement l'inscription; mais cet arrêt a été cassé, dans l'intérêt de la loi, par un arrêt du 27 mai 1816, recueilli par Denevers, *an* 1816, *pag.* 276. On consultera avec fruit le réquisitoire de M. Mourre, procureur général, qui contient le développement des principes qui ont fait la base de l'arrêt.

101. Il s'est encore présenté la question de savoir si, dans le cas où l'inscription est nécessaire pour conserver les intérêts ou arrérages, comme accessoire hypothécaire, cette nécessité existe non seulement à l'égard des créanciers, mais encore par rapport au tiers acquéreur qui ne purge pas.

Je crois qu'on doit se décider contre le tiers détenteur. De la manière dont est conçu l'art. 2151, l'inscription n'a pour objet que le rang de l'hypothèque pour le capital et pour les arrérages; *a droit d'être colloqué...... au même rang d'hypothèque ;* et un droit de préférence ne concerne que des créanciers qui viennent à un ordre. D'un autre côté, l'art. 2168 porte que le tiers détenteur qui ne veut purger, s'il ne délaisse pas, est tenu de payer *tous les intérêts et capitaux exigibles.* Il n'y a aucune distinction à faire sur ce qui est exigible.

102. Mais il faut excepter des règles posées sur la nécessité de l'inscription, pour les intérêts à mesure de leurs échéances, le cas où il y a une adjudication judiciaire de l'immeuble grevé d'hypothèque, et frappé d'inscription; tous les intérêts et arrérages qui courent à compter de cette adjudication, sont conservés sans nouvelle inscription. Il était impossible de le mieux établir que ne l'a fait M. Fouquet, procureur général à la Cour royale de Rouen, en portant la parole, lors d'un arrêt rendu par suite du renvoi d'une affaire, fait à cette Cour par celle de cassation, laquelle présentait une autre question importante que je traite au chapitre IIe, où il s'agit de *l'hypothèque judiciaire.* Je rapporte les expressions de ce magistrat, parce qu'on y voit une explication lumineuse des principes de la matière. « Quant aux intérêts échus depuis l'adjudication, disait-il, en droit les intérêts ont les mêmes titres, privilége et hypothèque que le principal. Nos nouveaux codes ont introduit une autre règle, à raison des fraudes qu'on eût pu commettre en dissimulant des paiemens d'intérêts déjà faits par le débiteur; fraudes qui ne pouvaient se présumer par rapport aux intérêts échus depuis l'adjudication. Nos lois nouvelles n'ont reconnu d'hypothèque que sur les immeubles réels; elles n'ont établi la formalité de l'inscription pour les hypothèques que sur l'immeuble du débiteur; après l'adjudication, cet immeuble du débiteur n'existe plus, et les intérêts postérieurs ne sont dus au

créancier que *comme un accessoire légitime, naturellement inséparable du principal.* Après l'adjudication, les inscriptions seraient impossibles, par cela seul qu'elles ne porteraient plus sur un immeuble. Dans l'hypothèse contraire, il faudrait faire des significations et notifications de ces inscriptions nouvelles, et un second état d'ordre; ce qu'aucune loi n'a admis. Le point en question se trouve surabondamment décidé et confirmé par l'art. 770 du Code de procédure, qui n'est pas, à cet égard, introductif d'un droit nouveau, mais purement interprétatif et déclaratif. » On voit ces réflexions et l'arrêt conforme du 28 juin 1810, dans le Recueil de Denevers, *an* 1810, *p.* 141, *au suppl.*

Il n'est pas inutile de se mettre sous les yeux les motifs de cet arrêt, en cette partie, avec d'autant plus de raison qu'ils sont très précis. « Sur le deuxième chef relatif aux intérêts échus depuis l'adjudication, vu l'article 19 de la loi de brumaire an 7, l'article 2151 du Code civil, les articles 757, 767 et 770 du Code de procédure civile; — Et attendu qu'en équité et en raison, et d'après les seules règles du droit commun, l'adjudicataire qui jouit des fruits doit les intérêts moratoires du prix de son adjudication; et que pour ces intérêts, il n'a pu être pris inscription ni contre le débiteur dépouillé de l'immeuble, ni contre l'adjudicataire qui a purgé ce même immeuble. » On voit aussi le même arrêt dans le Recueil de Sirey, *an* 1810, *partie* 2ᵉ, *pag.* 397.

A ces réflexions, on peut ajouter que lorsqu'il y a eu nne adjudication, on doit moins voir, entre les mains de l'adjudicataire, les intérêts du capital inscrit, que ceux du montant de la collocation; que ces intérêts devant courir contre l'adjudicataire, au profit des créanciers colloqués, indépendamment du montant de leur collocation, ces créanciers se trouveraient en perte d'une portion des intérêts que la loi leur assure, si l'adjudication ne les conservait pas sans nouvelle inscription.

Il en est de même du cas de la vente volontaire, suivie de transcription. S'il y a un ordre judiciaire, l'adjudicataire doit également les intérêts du montant de l'adjudication, à compter de l'adjudication même, sans qu'il soit besoin d'inscriptions de la part des créanciers. C'est, au surplus, ce que j'explique plus particulièrement dans le second chapitre de la 2ᵉ partie où je développe les résultats des articles 757, 767 et 770 du Code de procédure, que je combine avec l'art. 19 de la loi de brumaire an 7, et l'art. 1251 du Code civil. Je me borne actuellement à établir le principe posé par cet article 2151, et à indiquer les exceptions dont il est susceptible.

103. On a élevé la question de savoir si le privilége du vendeur, pour le principal de sa créance, s'étend seulement à deux années d'intérêts, avec l'année courante, ou s'il s'étend, au contraire, à tous les intérêts quelconques, échus après l'inscription prise personnellement par le vendeur, ou après l'inscription d'office, sans qu'il soit besoin de nouvelles inscriptions à mesure des échéances. Cette question souffre des difficultés sérieuses, quoiqu'il eût semblé d'abord qu'elle n'en fût pas susceptible. La Cour de cassation, par un arrêt du 5 mars 1816, s'était décidée pour cette dernière extension de privilége, sans qu'il fût besoin d'inscription à mesure des échéances. Un arrêt contraire de la Cour royale de Rennes, du 2 avril 1814, fut cassé; mais la Cour royale d'Angers, à laquelle le fond fut renvoyé, adopta l'opinion de celle de Rennes, par un arrêt du 12 juillet de la même année. Denevers, *an* 1816, *p.* 151, *et* 122, *au suppl.*

Il est permis d'émettre un avis, surtout dans une pareille divergence d'opinions. Or, il me paraît difficile de ne pas adopter la décision de la Cour royale d'Angers. Elle est fondée sur des motifs qui entrent entièrement, et dans la lettre, et dans l'esprit de la loi; et je suis convaincu que, ces motifs étant connus, la Cour de cassation, qui se plaît, dans toutes les circonstances, à diriger la jurisprudence par les dispositions de la loi, en serait touchée.

Voudrait-on invoquer l'équité en faveur

du privilége du vendeur? Mais qu'on y prenne garde, *l'équité* se borne à chercher dans l'esprit du législateur ce qu'il n'a pas exprimé dans la loi; aller au delà, ce serait donner dans l'arbitraire. Or, ici, il y a une loi précise. L'art. 2151 porte que le créancier inscrit pour un capital *produisant intérêts ou arrérages*, a droit d'être colloqué pour deux années seulement, et pour l'année courante, *au même rang d'hypothèque* que pour son capital, etc.

La Cour de cassation a tiré de ces mots, *au même rang d'hypothèque*, l'induction que le législateur n'avait pas entendu appliquer la disposition de l'article aux priviléges, qui, à proprement parler, n'ont pas de rang. Mais une pareille induction serait trop faible pour appuyer une décision. Le mot *hypothèque* revient seul, dans une multitude d'articles, soit du Code civil, soit de la loi de brumaire an 7; et cependant, sous le même mot, il ne faut entendre, quelquefois, ni un privilége ni une hypothèque légale; comme il faut aussi y entendre, d'autre fois, l'hypothèque légale et le privilége qui, au surplus, affecte, comme l'hypothèque, dans un sens général, l'immeuble sur lequel il porte. Pour se reconnaître, en pareil cas, il faut faire les distinctions convenables d'après d'autres articles, et en suivant l'esprit de la législation. Or, tout indique que l'art. 2151 s'applique au privilége du vendeur, comme aux hypothèques ordinaires, parce que ce privilége doit être *inscrit*.

Une réflexion va démontrer cette vérité, en même temps qu'elle servira à réfuter plusieurs autres raisonnemens. Dans l'état actuel de la jurisprudence, le droit d'un vendeur se conserve de deux manières : ou par l'inscription, ou, à défaut d'inscription, par la résolution de la vente. La première marche n'est autre chose que l'exercice du privilége sur l'immeuble vendu pour le prix de la vente; et si, comme cela est reconnu par l'arrêt même de la Cour de cassation, ce privilége ne peut être conservé que par l'inscription, ou par la transcription qui en tiendrait lieu, on ne voit pas pourquoi il échapperait à la disposition de l'art. 2151. Or, c'est principalement le cas dont il s'agit.

La transcription, dit-on, ou l'inscription, ont un effet rétroactif au contrat de vente. Cela est vrai; mais la transcription n'a pas moins eu pour but de faire connaître ce qui devait être l'objet du privilége et ce qui devait être conservé; et il n'y aurait de conservé que ce qui serait énoncé, comme étant dû, dans l'inscription ou dans la transcription qui en tiendrait lieu. On ne pourrait se prévaloir d'une erreur contre les créanciers inscrits ou contre un tiers acquéreur. Il est dit, dans l'art. 2103, que les créanciers privilégiés sur les immeubles sont : 1° le vendeur sur l'immeuble vendu, pour le paiement du prix, etc. L'art. 2108 attribue à l'inscription d'office, qui est une suite de la transcription, la conservation des créances résultantes *de l'acte translatif de propriété, etc.* Dans tout cela, on ne voit que le capital de la créance, comme pour tous les créanciers hypothécaires, et non les intérêts indéfiniment. Le vendeur n'a donc pas pour les intérêts au moins indéfiniment, et pour le prix, un seul et même privilége. Les intérêts n'ont jamais pu être la même chose que le capital, ou, ce qui est de même dans l'espèce, le prix. L'idée contraire résisterait à la nature des choses et à la signification respective des mots.

En revenant au second cas ci-dessus indiqué, qui serait celui de la conservation du droit du vendeur, par la résolution de la vente, à défaut d'inscription, la difficulté serait la même, quoiqu'elle se présentât sous une face différente. Quand on supposerait que le vendeur pût demander la résolution de la vente à raison du défaut de paiement d'intérêts, surtout si ce capital n'était pas exigible, ce qui, sans contredit, ne serait pas sans difficulté, pense-t-on que le vendeur eût alors le droit de répéter sur l'immeuble vendu, au préjudice des créanciers inscrits, sur l'acquéreur direct et sur un second acquéreur, quinze, vingt ans d'intérêts du prix de la vente, sans avoir pris des inscriptions? Qui ne verrait là un renversement

de la base fondamentale de la loi, qui est la publicité? On ne pourra que s'égarer, quand on voudra sortir de son esprit et de son système. Pour se décider sur la question, il ne faut pas considérer le droit du vendeur contre son acquéreur direct. Il faut s'arrêter sur les tiers créanciers ou acquéreurs; et alors on aperçoit d'autres principes. On peut consulter encore des observations judicieuses, faites à ce sujet par M. Persil, qui avait connu le premier arrêt de la Cour de cassation, et celui de la Cour royale d'Angers. *Rép. hypt., art.* 2151, *n°* 8. Ce qui vient d'être dit s'applique, par les mêmes motifs, aux prêteurs des sommes destinées au paiement du prix des ventes.

Je dois avouer qu'au moment où j'émettais l'opinion ci-dessus, je ne connaissais pas un arrêt de la Cour de cassation, du 1er mai 1817, quoiqu'il eût été rendu avant l'époque où j'ai commencé ce Traité. L'ayant remarqué dans le recueil de Denevers, *an* 1817, *pag.* 241, je dois m'empresser de le faire connaître. L'arrêt de la Cour royale d'Angers a subi le même sort que celui de la Cour royale de Rennes. On sent tout le poids de l'arrêt de la Cour de cassation, étant rendu sur une question aussi controversée, en sections réunies, et M. le garde des sceaux présidant. Il a encore été précédé d'une très forte discussion de M. Mourre, procureur général en cette Cour, qui doit être méditée.

Au surplus, il arrivera toujours des divergences d'opinions sur les questions douteuses et embarrassantes; ces divergences tiendront aux principes d'interprétation qu'on se formera sur la loi. Ceux qui, dans le doute, et j'avoue que je suis de ce nombre, pensent que la route la plus sûre est de se rapprocher du système de la publicité, qui est celui de la loi, et qui en forme l'esprit, pourront voir différemment que ceux qui voudront résoudre ces doutes par l'application des lois anciennes, soit romaines, soit françaises, auxquelles on doit croire que la loi hypothécaire a entendu porter de grandes modifications, en introduisant la publicité. Dans le premier sens, on est principalement touché de l'intérêt des tiers, qui, dans les vues du législateur, devient l'intérêt public; dans le second, on risque de s'occuper plus d'intérêts particuliers; et la conservation de ces intérêts long-temps négligés, peut ouvrir beaucoup de fraudes au préjudice des tiers.

Je dois ne pas passer sous silence que l'auteur du recueil annonce que la cause a été renvoyée devant la Cour royale de Paris: mais je ne connois pas l'arrêt rendu sur la question par cette Cour, au moins d'après ce renvoi.

Je dois encore faire observer que, d'après un passage de la discussion de M. Mourre, *pag.* 275 *du recueil*, l'arrêt devrait concerner uniquement le prix des ventes, et ne devrait pas s'appliquer aux intérêts dus pour soultes entre copartageans, d'après une différence que fait ce magistrat entre le privilége de ces deux créances. Suivant l'opinion du même magistrat, l'arrêt ne devrait pas non plus s'appliquer aux intérêts de sommes dues à des architectes ou maçons, dont il est question dans l'art. 2110.

104. La théorie que je viens d'expliquer ne doit point s'appliquer aux hypothèques légales des femmes et des mineurs sur les biens des maris ou des tuteurs. Il y en a une raison décisive; c'est qu'à la différence du cas des priviléges sujets à l'inscription dont je viens de parler, ces hypothèques légales en sont affranchies. Elles existent, indépendamment de l'inscription, à compter de leur date. On ne peut faire, pour les intérêts, une exception à cet affranchissement, quand la loi n'établit pas cette exception. L'inscription n'est nécessaire, à l'égard de ces hypothèques, que pour se faire connaître, lorsqu'il s'agit de participer à l'ordre. Un arrêt de la cour de cassation, du 4 frimaire an 14, *Denevers, an* 1806, *pag.* 154, avait prononcé, dans ce cas, la restriction des intérêts à deux ans. Mais M. Tarrible, qui a examiné cette question avec soin, *Rép. de jurispr.*, au mot *Inscript. hypot.*, § 5, *n°* 14, dit très judicieuse-

ment que la cause qui donna lieu à cet arrêt avoit pris naissance sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, qui soumettait à l'inscription l'hypothèque légale des femmes, tout aussi rigoureusement que les hypothèques ordinaires; et c'est principalement, ajoute-t-il, sur les changemens opérés en ce point par le Code civil, qu'il a fondé son opinion. On sent que, par une suite de ce qui vient d'être dit, l'art. 2151 s'applique à toutes les créances qui ont une hypothèque légale que la loi soumet à l'inscription, ainsi qu'aux créances hypothécaires, conventionnelles ou judiciaires, et de plus aux créances qui ont un privilége que la loi assujettit à la même formalité de l'inscription.

105. Les principes qui viennent d'être exposés sont étrangers aux créanciers et légataires d'un défunt, lorsqu'ils sont en présence de l'héritier ou de ses créanciers. Ils peuvent alors réclamer la totalité de leurs créances ou de leurs legs, tant en capitaux qu'en intérêts, sans exception. L'inscription à laquelle ils sont soumis par l'art. 2111 du code, n'a pour objet que la conservation du droit de demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier. Lors donc qu'on est à l'exercice de ce droit, le créancier du défunt réclame une propriété qui n'appartient pas à l'héritier ou à ses créanciers qui le représentent; ou au moins cette propriété ne leur appartient qu'à la charge de payer les créanciers et les legs, ainsi que les intérêts qui suivent les capitaux. Ce n'est alors qu'une question de propriété, et non une discussion entre créanciers.

106. Venons à la durée de l'inscription et à ce qui concerne son renouvellement. Il est dit dans l'art. 2154 du Code civil: « Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilége pendant dix années, à compter du jour de leur date; leur effet cesse si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai.» Le résultat de cette disposition est que l'inscription périmée est comme si elle n'eût jamais existé. L'hypothèque reste bien, parce que, comme nous l'avons dit ailleurs, autre chose est l'hypothèque, autre chose est l'inscription. Celle-ci est seulement nécessaire pour donner l'efficacité à l'hypothèque et lui faire prendre rang. Le créancier peut donc toujours prendre une nouvelle inscription, même jusqu'à l'expiration de la quinzaine qui suit la transcription du contrat de vente; ce temps étant passé, l'inscription ne peut plus être prise. Mais, dans toutes les positions possibles, cette nouvelle inscription n'a d'effet et ne donne rang à l'hypothèque que du jour qu'elle est prise. Quelque simples que paraissent les dispositions de cet article 2154, elles sont cependant devenues susceptibles de difficultés, même sérieuses, et sous plusieurs rapports.

Je vais m'expliquer d'abord sur trois de ces difficultés qui sont les plus importantes. J'examinerai, en premier lieu, comment ce délai de dix ans doit être compté; en second lieu, je dirai quel est le moment où l'inscription devient inutile, lorsqu'il arrive des procédures en expropriation, contre le débiteur, sur les immeubles grevés de l'hypothèque; en troisième lieu, je m'expliquerai sur la nécessité du renouvellement, l'orsqu'il y a transcription, de la part de l'acquéreur, de la vente de l'immeuble qui a été frappé de l'inscription.

107. Ce n'est pas. à beaucoup près, une question oiseuse que celle de savoir comment les dix années de la durée de l'inscription doivent être comptées. J'ai remarqué que, depuis plus de trois siècles, la supputation des délais prescrits par les lois a été une matière à difficultés et à contestation. Je puis rappeler ce que disait M. Henrys, *liv.* 4, *quest.* 32, en parlant des oppositions aux décrets, *qu'on sait le moins ce qu'on pratique le plus.* Ce qui confirme cette vérité, c'est qu'un arrêt de la Cour royale de Paris, du 21 mai 1814, a jugé qu'une inscription ayant été prise le 12 mai 1799, avait pu être valablement renouvelée le 13 mai 1809; et qu'un arrêt de la Cour royale de Colmar, du 30 juillet 1813, a décidé qu'une inscription prise le 24 mai 1799, n'avait pu être valablement renouvelée

le 24 mai 1809; qu'elle aurait dû l'être le 23. Ces deux arrêts sont rapportés dans le Journal du Palais, tom. 3, de 1814, pag. 343 et 364. Les décisions de ces arrêts sont évidemment contradictoires. Il y a plus; c'est que je pense que chacune d'elles est contraire aux règles. On sent donc qu'un développement est nécessaire.

Ce qui a été la source de beaucoup d'erreurs à cet égard, c'est la confusion qu'on a faite de trois cas qui sont bien différens, et qui sont soumis à des règles bien distinctes.

Il faut distinguer, en effet, 1° le cas où la loi accorde un délai, à compter d'une époque qu'elle fixe; 2° celui des assignations données en justice; 3° celui de la prescription d'une action, soit pour le paiement d'une somme, soit pour la revendication d'un immeuble.

Quoiqu'il ne s'agisse ici que du premier cas, je m'expliquerai cependant sur les deux autres, afin de parvenir plus sûrement à une solution.

Les docteurs ont anciennement été partagés sur la question de savoir comment le délai donné par les Coutumes, ou par les ordonnances, ou même par le juge, devait être compté. Devait-on y comprendre, ou non, le jour auquel le terme commençait? C'est ce qu'on entendait par ces expressions : *An dies termini combutetur in termino?* Les plus grands jurisconsultes se sont déterminés à dire que ce jour ne devait par y être compris. Dumoulin a dit, sur les art. 10 et 11 de la Coutume de Paris, n°s 1, 2 et 3 : *Quamvis, de jure, regulariter, tempus statim currat de momento ad momentum, tamen consuetudine communiter observatur ut dies à quo præfigitur terminus, non computetur in termino.* Il donne pour exemple le délai de trois mois, accordé à un appelant pour relever son appel au parlement. Il suppose que l'appel ait été interjeté le dernier jour de juillet, et que l'intimé obtint des lettres de désertion (suivant l'usage du temps) le dernier jour d'octobre, et il décide que les lettres de désertion, dans ce cas, seraient prématurées, quoiqu'il y ait trois mois du dernier juillet au dernier octobre; mais il se fonde sur ce qu'on ne doit pas comprendre, dans le délai, le jour où l'appel a été interjeté. Mornac avait adopté cette décision sur la loi 8, ff. *si quis cautionibus*. Guypape, qui avait écrit avant eux, l'avait aussi embrassée, *quest.* 270. M. l'avocat général Talon expliqua le principe avec une nouvelle précision, en portant la parole lors d'un arrêt du 23 mars 1656, rapporté au Journal des audiences : il disait qu'il fallait distinguer le terme *à quo* du terme *ad quem*; que le premier n'était point compris dans le délai donné, et que le second devait l'être : l'arrêt fut conforme. Tout cela s'explique encore par le jour ajouté, par la Coutume de Paris, à l'an dans lequel le retrait devait être exercé. Duplessis, *pag.* 276, *édit. de* 1709, dit que cette addition eut pour motif de faire *cesser cette fameuse question, si le jour du terme était compris dans le terme.*

Ce serait tomber dans une erreur, si l'on assimilait le délai, pour le renouvellement de l'inscription, au délai en matière d'assignation. La maxime *dies termini non computatur in termino*, est totalement étrangère à ce dernier délai. Cette maxime ne se rapporte qu'au jour de départ d'un délai; c'est le *dies à quo præfigitur terminus*, comme s'explique Dumoulin; elle ne s'observe que dans les délais prescrits par les lois et par les jugemens, qui sont autres que ceux des assignations. Si, pour les délais relatifs aux assignations, on ne compte ni le jour de l'assignation, ni celui de son échéance, c'est parce que ce délai est ainsi fixé avec précision dans l'art. 1033 du Code de procédure. « Le jour de la signification, y est-il dit, *ni celui de l'échéance*, ne sont jamais comptés pour le délai général fixé pour les ajournemens, les citations, sommations et autres actes, *faits à personne ou domicile.* » L'ordonnance de 1667, *art.* 6, *tit.* 3, avait la même disposition. La différence entre les délais des assignations et les autres délais est remarquée par Dunod, *des prescrip., part.* 2e, *ch.* 1er, *pag.* 118. Il est dit dans le Code de procédure,

art. 157, que l'opposition à un jugement ne sera recevable que pendant huitaine, *à compter du jour de la signification à avoué.* Or, il n'y a qu'un seul jour qui doive être mis hors du délai de huitaine, qui est celui de la signification du jugement, parce qu'il n'y a, dans ce cas, ni *assignation* ni jour *d'échéance.* Un jugement étant signifié le 1er juillet, l'opposition devrait être formée le 9, et elle viendrait à tard le 10. Il y a des auteurs qui, en s'expliquant sur la question, et en comparant au délai relatif au renouvellement de l'inscription celui des assignations; ont donné comme maxime, *dies termini non computantur in termino;* Jousse même est de ce nombre. Mais c'est dénaturer toutes les idées; la véritable maxime est *computatur, etc.*, ce qui est bien différent.

L'arrêt de la Cour royale de Colmar est fondé, non seulement sur l'article 2154 du Code civil, mais encore sur les articles 2260 et 2261; où il est dit : « La prescription se compte par jours, et non par heures. Elle est acquise, *lorsque le dernier jour du terme est accompli.* » Il résulterait de l'application des deux derniers articles, à la manière de fixer le délai dans le cas dont il s'agit, si cette application était juste, qu'il y aurait eu encore une plus grande erreur dans l'arrêt de la Cour royale de Paris. Cette cour a pensé, comme on l'a déjà vu, qu'une inscription prise le 12 mai 1799, avait pu être valablement renouvelée le 13 mai 1809; et, suivant le mode de calculer établi par l'arrêt de la Cour royale de Colmar, une inscription de cette date aurait dû être renouvelée le 11 mai 1809. Mais la manière de calculer adoptée par la Cour royale de Colmar est-elle juste? et est-ce bien le cas de se déterminer, dans l'espèce, par les articles 2260 et 2261? Je ne le pense pas.

Pothier, *Traité de la prescription*, n° 102, disait que la durée de l'action, lorsqu'il s'agissait d'un droit réel, devait être comptée comme elle l'est par l'article 2260 du Code civil. Il prétendait qu'il n'en était pas de même lorsqu'il s'agissait d'une action personnelle que des créanciers ont contre leurs débiteurs. On peut voir les motifs sur lesquels il fondait cette distinction. Je crois qu'elle ne devrait point être adoptée actuellement, d'après l'art. 2261 du Code, et surtout d'après l'art. 2262, où il est dit que toutes les actions, *tant réelles que personnelles*, sont prescrites par trente ans, etc. Cette disposition a eu pour objet de faire cesser les difficultés qui s'étaient élevées anciennement à ce sujet.

Mais il ne s'agit point ici d'une *action*, d'un droit qui *se prescrit par trente ans*, ou par un autre nombre d'années. Le défaut du renouvellement de l'inscription n'emporte pas la déchéance de l'hypothèque; il en change seulement le rang. La loi ne fait qu'établir un délai dans lequel ce renouvellement doit avoir lieu; et il résulte de l'art. 2154, que ce renouvellement doit se faire dans les dix ans, à compter du jour de la date de l'inscription. Or, c'est lorsque la loi s'explique ainsi, que l'on n'a jamais compris dans le délai le jour qu'elle fixe pour le départ du délai même. M. l'avocat général Talon disait qu'à l'égard du premier terme, qui est celui *à quo*, quoique la jurisprudence fût anciennement différente, tous les docteurs *ont convenu en ce point que la particule*, DU, *qui répond à la préposition* A, *est exclusive du jour du terme, et, par conséquent, qu'il n'est point entendu compris dans le terme;* mais qu'à l'égard du jour *ad quem*, ils sont tous demeurés d'accord qu'il était compris dans le terme et en faisait partie. Que résulte-t-il de cette idée? C'est que le jour duquel on compte doit être considéré comme une limite ou point de départ, qu'il ne faut point comprendre dans la durée du temps fixé. Il n'y a rien de plus juste, si l'on applique cette idée à l'espèce en question. L'inscription a bien, sans contredit, son effet pour le jour même auquel elle est faite; et la loi a entendu qu'elle eût son effet pendant dix ans après, en sorte que cet effet cesse le dernier jour de ces dix ans. Cela revient à ce que dit encore Mornac, d'après Tiraqueau, sur la loi 1re du même titre du Digeste ci-dessus cité : *Putatque*

diem termini, seu assignationis, non computari in termino, quia de proximis sequentibus diebus intelligi semper debet. Il est bien dit dans l'art. 2154 : « Leur effet cesse, si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai. » Mais ce mot, *avant*, laisse toujours subsister la question de savoir si la loi comprend le jour de l'inscription dans les dix ans, ou si elle ne l'y comprend pas. Il n'y a point de différence entre le mode de préfixion du délai de l'opposition à un jugement, et celui dont il s'agit; et cependant l'opposition, qui n'est recevable que pendant huitaine, à compter du jour de la signification à avoué, est reçue le neuvième jour. D'ailleurs, dans le doute, la loi devrait être interprêtée plutôt dans le sens de la conservation du droit, que dans celui de sa déchéance.

Ainsi, je crois qu'on devrait admettre qu'une inscription du 12 mai 1799 eût pu être renouvelée avec effet le 12 mai 1809, mais non le 13. J'ai remarqué, dans une infinité de circonstances, et dans l'opinion même des Cours, que c'était ainsi que le délai prescrit par l'art. 2154 était entendu. Je citerai pour exemple un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 février 1811, et un autre de la même Cour, du 26 juin 1813. Il n'y avait cependant pas cette question à juger; mais l'on y déterminait néanmoins la durée de l'inscription. Il est dit dans le premier : « Attendu que l'inscription dont il s'agit a été requise le 30 *janvier* 1799, et qu'ainsi le délai de dix ans, depuis sa date, n'expirait que le 30 *janvier* 1809. » On voit, dans le second, qu'une inscription ayant été prise, le 17 décembre 1800, la dixième année du jour où elle avait été prise devait expirer le 17 décembre 1810. *Denevers, an* 1815, *suppl., pag.* 19 *et* 21.

Les mêmes principes sont utiles pour déterminer le délai de deux mois d'affiche, énoncé dans l'art. 2194; et il s'en tire la conséquence que les droits qui résultent de la durée de l'affiche sont acquis le dernier jour des deux mois qui suivent celui où l'affiche a été faite, lequel est le seul qui ne soit pas compris dans le délai. Dans la supputation de ce délai on ne doit avoir égard ni à l'inégalité du nombre des jours, qui peut se trouver dans les mois, ni au jour intercalaire de l'année bissextile, ni à la distinction des jours fériés ou non fériés qui se trouvent dans le cours du délai.

Mais ce qui vient d'être dit sur la manière de compter le délai de dix ans, me paraît susceptible d'une modification que la justice commande. Il est constant qu'on ne peut prendre aucune inscription les jours de dimanches et autres jours fériés. Cela est dit dans le cours de ce Traité. Or, supposons que le dernier jour des dix ans, en les comptant d'après les règles que j'ai développées, se trouvât être un de ces jours, ce jour devrait-il être compté dans le délai, de manière que la nouvelle inscription qui serait prise le lendemain ne donnât rang à l'hypothèque que du jour de la date de l'inscription? Je ne le pense pas, et je crois que l'inscription prise le lendemain du jour férié, qui serait le dernier des dix ans, opérerait la continuation de l'effet de l'ancienne prescription, et conserverait l'hypothèque à la date de cette même inscription.

Je fonde cette décision sur ce qu'on ne peut pas imputer à négligence ce qui n'a pu être fait, par une circonstance indépendante de celui qui devait agir. Ce serait pousser trop loin la sévérité que de prétendre que le créancier aurait dû prévoir cet inconvénient, et de le rendre victime du défaut d'inscription avant l'arrivée du jour férié. On exigerait alors qu'il eût fait plus que la loi ne veut. On peut rappeler, au moins par analogie, les dispositions des ordonnances qui portent que lorsqu'une assignation échoit à un jour férié, le jour de la comparution est renvoyé au lendemain.

Il me paraît difficile de ne pas considérer le résultat de cette dissertation comme devant être adopté. Ces anciens principes paraissent devoir être suivis, dès que nos nouveaux codes n'y ont point dérogé. Cependant je dois dire que, depuis, j'ai remarqué que la Cour de cassation avait jugé le contraire, par un arrêt du 17 juin

1817. Il a décidé qu'une inscription faite le 14 avril 1799 aurait dû être renouvelée avant le 14 avril 1809. On sent donc combien il est prudent de renouveler une inscription de manière à éviter la difficulté. Il l'est encore de renouveler l'inscription avant l'arrivée du jour férié auquel les dix années expireraient. Les opinions sont partagées sur ce point.

108. Je viens au second cas que j'ai prévu, qui est relatif à l'expropriation sur le débiteur de l'immeuble grevé d'hypothèque. Il s'agit de déterminer quel est le point de la procédure en expropriation, auquel l'inscription alors existante, parce qu'elle remonte à moins de dix ans, atteint son but, en sorte que son droit soit irrévocablement acquis, et qu'elle n'ait plus besoin d'être renouvelée. Cette détermination est d'autant plus difficile que la loi n'est pas rédigée de manière à éloigner, à cet égard, toute divergence d'opinions, et qu'encore il n'y a aucun arrêt qui ait fixé, d'une manière positive, cet instant décisif. Cependant un arrêt de la Cour de cassation, du 25 avril 1808, a posé un principe sage qui doit toujours servir de guide. Ce principe est que le renouvellement d'une inscription ne devient nécessaire que dans le cas où cette inscription *n'aurait pas produit son effet légal avant l'expiration du délai de dix années*; mais que si, avant l'expiration de ce délai, le créancier en a fait usage pour établir son concours ou sa propriété d'hypothèque, à l'égard des autres créanciers du débiteur commun, alors le renouvellement de l'inscription ne peut être nécessaire, ni même utile, puisque, dans ce cas, *l'inscription elle-même n'a plus d'objet*. De ce principe ainsi posé, la Cour de cassation a tiré la conséquence que, dans le cas d'une vente par expropriation forcée, l'inscription hypothécaire produit son effet *dès le jour où l'adjudication de l'immeuble est annoncée et publiée par les affiches imprimées, puisque ces affiches doivent contenir l'état des inscriptions existantes sur l'immeuble au jour du commandement;* puisqu'ensuite c'est conformément à ces affiches, et d'après le certificat du conservateur des hypothèques, *énonçant toutes les inscriptions existantes sur les biens aliénés à cette même époque*, que s'établit l'ordre entre les créanciers, et que se fait la distribution du prix des immeubles adjugés.

Mais on ne connaîtrait pas parfaitement l'esprit de cet arrêt, si on s'en tenait à ces premières dispositions. Dans l'espèce de l'arrêt, la procédure avait été bien plus avancée. Il y avait eu vente des immeubles, et un procès verbal d'ordre ouvert le 14 janvier 1806 et signifié le 21 du même mois. L'inscription qui était attaquée était du 27 ventôse an 5 (19 mars 1796). Or, de cette époque à la date de la signification du procès verbal d'ordre, il ne s'était pas écoulé dix ans. De plus, le créancier inscrit s'était présenté à l'ordre en vertu de son inscription. De là la Cour de cassation tirait encore la conséquence que le rang que cette inscription assignait au créancier *dans le procès verbal d'ordre*, ainsi que la priorité d'hypothèque qui devait en résulter, étaient pour lui *des droits irrévocablement acquis*. La Cour de cassation s'est donc décidée sur deux circonstances, dont l'une qui était la signification du procès verbal d'ouverture de l'ordre, pouvait et devait même être plus déterminante que l'autre. D'ailleurs, il faut remarquer que, dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une procédure en expropriation dont les actes étaient antérieurs à la promulgation du livre 5e du Code de procédure civile. Ainsi, tout ce qui reste de certain de cet arrêt, c'est le principe que le renouvellement de l'inscription ne devient plus nécessaire *lorsqu'elle a produit son effet légal*. Mais il s'agit toujours d'indiquer ce point.

La Cour d'appel de Bruxelles, par un arrêt du 20 février 1811, l'avait fixé dans l'accomplissement de l'acte prescrit par l'art. 696 du Code de procédure civile. Cet acte est l'enregistrement en marge de la saisie, au bureau de la conservation, de la notification qui est prescrite par l'article précédent; et cette notification est celle qui a été faite aux créanciers inscrits de l'exemplaire du placard imprimé, aux

termes de l'art. 684. Mais cette Cour prit ensuite une décision différente, par un autre arrêt du 26 juin 1813. Elle jugea que le terme auquel l'inscription recevait son effet légal était l'adjudication de la chose hypothéquée. Encore même peut-on douter si cette Cour n'a pas pensé que ce même effet légal ne devait être produit que par le procès verbal d'ouverture d'ordre, dans lequel le créancier inscrit aurait figuré. On voit d'abord que l'arrêt est fondé sur ce que « le droit réel d'hypothèque n'a produit son effet que par *la vente d'hypothèque* qui en est la cause finale; d'où il résulte qu'aussi long-temps que cette vente n'a pas été effectuée, l'existence du droit susénoncé est asservie aux conditions imposées par la loi. » Mais il y a ensuite un nouveau motif, qui est que « la notification de la saisie qui ne caractérise pas l'exercice de l'action hypothécaire, et ne constitue qu'une simple formalité, ne renferme pas un contrat judiciaire entre les créanciers inscrits, relativement à leur rang respectif en ordre d'hypothèque, *lequel contrat existe seulement dans l'ordre qui s'ouvre après l'adjudication définitive* de l'hypothèque, afin d'en distribuer le prix entre les créanciers inscrits. » Il faut observer que, dans l'espèce de l'arrêt, la notification du placard aux créanciers, et l'enregistrement de cette notification au bureau des hypothèques, avaient eu lieu avant l'expiration des dix années, à compter de la date de l'inscription; mais ce n'était qu'après cette expiration, sans renouvellement, que l'adjudication avait été faite; en sorte qu'on ne peut pas bien discerner si c'est par cette raison seule que l'inscription a été annulée, ou si elle ne l'aurait pas été, quand les dix ans n'auraient expiré qu'après l'adjudication, mais avant l'ouverture de l'ordre.

Il faut cependant sortir de cet état d'incertitude. Or, je crois que le but de l'inscription est rempli, et qu'ellle reçoit son effet légal par l'adjudication; en sorte que si, à cette époque, l'inscription remonte à moins de dix ans, le renouvellement en devient inutile. C'est seulement jusqu'à cette époque qu'elle a dû être entretenue par un renouvellement avant l'expiration des dix ans. Je fonde cette opinion sur le principe même énoncé dans l'arrêt du 26 juin 1813, qui est que le droit réel de l'hypothèque a produit son effet par la vente du fonds qui en est grevé. Le but de l'hypothèque est, sans contredit, le paiement de la créance, ou, à défaut de paiement, la vente de l'immeuble qui y est soumis. Lors donc que l'immeuble est vendu, l'objet de l'hypothèque est rempli. L'hypothèque se convertit en action sur le prix, laquelle action est une suite nécessaire de l'adjudication. On ne voit pas qu'après cette adjudication, il y ait rien à faire pour conserver l'hypothèque, comme droit réel sur l'immeuble. Il ne reste que l'exercice de l'action sur le prix, selon le rang de l'hypothèque qui demeure fixé par la date de l'inscription. Cette action est bien dépendante de l'effet de l'inscription, puisque la validité ou l'invalidité de l'inscription doit être examinée à l'époque de l'ordre; mais l'action n'existe pas moins, par la raison que l'inscription, dès l'instant de l'adjudication, est restée dans la plénitude des droits qu'elle avait conférés.

Mais cette plénitude de droits n'aurait pu être acquise par l'enregistrement prescrit par l'art. 696 du Code, ainsi que la Cour d'appel de Bruxelles l'avait d'abord décidé par l'arrêt du 20 février 1811.

A la vérité, il est dit dans l'art. 696 qu'après l'enregistrement qui y est prescrit; la saisie ne pourra plus être rayée que du consentement des créanciers, ou en vertu de jugemens rendus contre eux. Mais il ne suit pas de là que le débiteur soit dessaisi. Le contraire résulte de la combinaison des art. 693 et 694. On y voit que le débiteur peut arrêter toutes les poursuites en consignant une somme suffisante pour acquitter en principal, intérêts et frais, les créances inscrites. Mais il est dit que cette consignation n'aura cet effet qu'autant qu'elle sera faite *avant l'adjudication*. La dépossession n'est opérée contre le débiteur que par l'adjudication. C'est ce qui résulte d'un

arrêt de la Cour de cassation, du 6 février 1815.

Le droit réel de l'hypothèque subsiste donc jusqu'à l'adjudication, et jusque là il doit être conservé par des inscriptions en vigueur. L'ordre qui se fait dans la suite n'ajoute rien aux droits déjà acquis aux créanciers. Il n'opère que la division du prix; il règle les effets de ces droits; mais ces droits mêmes prennent leur fondement ailleurs que dans l'ordre; ils le prennent dans l'existence de l'inscription, avec effet, au moment de l'adjudication. On ne conçoit donc pas qu'il soit nécessaire de renouveler une inscription dont les dix ans expireraient entre l'adjudication et l'ouverture de l'ordre, puisque l'adjudication dépouille le débiteur de la propriété; et il est, sans contredit, superflu de prendre une inscription sur celui qui n'est plus ni propriétaire de l'immeuble, ni débiteur du prix, puisque ce prix, est dû par l'adjudicataire. L'adjudication investit l'adjudicataire de la propriété, au nom et dans l'intérêt des créanciers. Dès le moment de l'adjudication, l'immeuble est affranchi de l'hypothèque; ce qui revient à ce qu'on voit dans le droit romain, *pignus luitur*. Tous les droits sont convertis en action sur le prix. Loyseau *de l'action hypothécaire, liv.* 3, *n°* 18, dit que le meilleur expédient qu'on ait trouvé pour *purger les hypothèques* a été *l'usage des criées et décrets*. Or, l'adjudication n'est-elle pas ce qu'on appelait le *décret* sous l'ancienne législation? Le *décret* n'était pas plus *l'ordre* que l'adjudication ne l'est. Cette observation seule semblerait déterminante.

J'ai vu faire une différence sur l'effet de l'enregistrement prescrit par l'art. 696, entre le créancier poursuivant et tout autre créancier inscrit non poursuivant. On prétendait qu'au moins, à l'égard du créancier poursuivant, son droit à l'ordre, en vertu de son inscription, devrait subsister, quand même les dix années de son inscription expireraient après cet enregistrement. Mais il est impossible d'établir aucune distinction, à ce sujet, entre le créancier poursuivant et les autres créanciers inscrits. Il y en a une raison bien simple; c'est que la qualité de poursuivant ne change point la qualité de créancier. Le créancier poursuivant doit, comme tous les autres, pour se présenter utilement à l'ordre, avoir une inscription également régulière, et attributive des mêmes effets. Ce qui le prouve, c'est qu'un créancier, pourvu qu'il ait un titre authentique et exécutoire, ainsi que cela résulte de l'art. 2215 du Code civil, et des art. 673 et 675 du Code de procédure, peut poursuivre, quoique non inscrit, l'expropriation contre le débiteur. Le titre, sans être suivi de l'inscription, a toujours l'exécution parée [1].

Il faut cependant remarquer que si, d'après les art. 692, 693 et 694, il y avait, de la part du débiteur, consignation suffisante, soit avant, soit après l'enregistrement énoncé dans l'article 696, consignation dont les exemples sont très rares, si même il y en a, alors l'inscription aurait atteint son effet légal. Le but de l'hypothèque serait rempli, au moins quant aux inscriptions qui, lors de la consignation, remonteraient à moins de dix ans; il ne pourrait plus être question d'adjudication; il ne s'agirait que de procéder à un ordre. Mais cette consignation n'existant pas, l'inscription n'obtient son effet légal que par l'adjudication; en sorte que jusque là elle doit être entretenue par le renouvellement.

Après avoir ainsi traité et résolu la question, les recueils de jurisprudence ont fait connaître un arrêt de la Cour de cassation, du 31 janvier 1821, qui confirme les principes que j'ai développés. *Denev.*, *an* 1821, *pag.* 160. Je me borne à en rapporter les motifs : « Attendu, 1° que la disposition de cet article (2154) est absolue, et tient essentiellement à l'ordre public; qu'il en résulte que, jusqu'à ce que les inscriptions aient produit leur effet, elles doivent être renouvelées dans le délai prescrit : faute de quoi, les par-

[1] Sur les quatre arrêts que je viens de citer, on peut voir Denevers, an 1808, pag. 177; an 1815, pag. 243, et au suppl., pag. 19 et 21.

ties qui contracteraient sous la foi de la péremption, ne pouvant et ne devant consulter que le registre des inscriptions et des renouvellemens, pour connaître celles existantes, pourraient être induites en erreur, et devenir victimes de leur confiance. Attendu, 2° que la saisie immobilière, la dénonciation qui en est faite au saisi, ni la transcription et l'enregistrement de ces actes au greffe et au bureau des hypothèques, ne donnent aux inscriptions, ni une publicité, ni un effet capable de remplir le but du renouvellement. »

Il n'est pas dit dans l'arrêt que l'inscription n'aurait atteint son effet que par l'adjudication, et que le renouvellement n'eût pas dû être nécessaire après, jusqu'au procès verbal d'ouverture de l'ordre; mais je crois que cela résulte suffisamment de ce que j'ai déjà dit. D'ailleurs, la Cour de cassation n'avait pas à juger cette question : les dix ans de l'inscription étaient expirés avant l'adjudication. Mais ce qu'il est essentiel de remarquer, c'est que la question a été ainsi jugée, quoique les créanciers qui succombèrent eussent eux-mêmes fait saisir réellement l'immeuble.

C'est encore après avoir traité la question, et après y avoir fait l'addition qu'on vient de lire, du résultat de l'arrêt de la Cour de cassation, du 31 janvier 1821, que le recueil de Sirey, *an* 1821, 2° *partie, pag.* 182, a fait connaître un arrêt de la Cour royale de Paris, du 19 août 1820, qui a décidé la question par les mêmes principes qui font la base de la dissertation à laquelle j'ai cru devoir me livrer. La rédaction de cet arrêt est extrêmement soignée : tous ses considérans méritent d'être médités. Pour abréger, je n'en rapporterai que deux.

« Considérant que c'est uniquement à l'ordre, et sur l'extrait délivré au poursuivant ordre de toutes les inscriptions existantes au moment de l'adjudication, comme le veut l'art. 752 du Code de procédure civile, que les inscriptions produisent leur effet légal et définitif, par l'examen et la discussion que chaque inscription y subit; de même que c'est avec le concours de tous les créanciers inscrits, et en connaissance de cause, que le droit de chacun à la distribution, et son rang dans cette distribution, sont alors irrévocablement réglés et fixés par la justice;

« Considérant que, dans l'espèce, l'inscription de l'agent du trésor, en date du 24 juillet 1806, n'ayant point été renouvelée avant l'expiration des dix années de sa date, s'est trouvée périmée et comme n'ayant jamais existé *à l'époque du jugement d'adjudication, du 5 février* 1818, et de l'ouverture de l'ordre du 15 mai suivant; et que c'est en se conformant à la disposition impérieuse et sainement entendue de la loi sur le renouvellement des inscriptions, que les premiers juges ont rejeté de l'ordre la créance dont l'agent judiciaire du trésor demandait la collocation, etc. »

Enfin, après tout ce qui vient d'être dit, j'ai eu connaissance de l'arrêt de la Cour de cassation, du 9 août 1821; qui a rejeté le pourvoi contre celui de la Cour royale de Paris, du 19 août 1820. *Voyez le continuateur de Denev., an* 1821, *p.* 495. L'arrêt de la Cour de cassation est très important; et pour bien se pénétrer des principes qu'il a consacrés, et des observations dont il est susceptible, il est indispensable de se le mettre sous les yeux.

« Considérant que l'art. 2154 du Code civil statue que l'effet des inscriptions hypothécaires cesse, si elles n'ont pas été renouvelées dans les dix ans; que cette loi tient à l'intérêt général et à l'économie du système hypothécaire français sur la publicité des hypothèques, laquelle ne peut résulter que du registre du conservateur et des inscriptions y insérées; qu'aussi l'on ne trouve dans les nouveaux codes aucune exception en vertu de laquelle les créanciers inscrits soient dispensés de l'obligation de renouvellement, lorsque le délai expire après la saisie immobilière dénoncée au saisi, son enregistrement au bureau du conservateur, et la notification des placards aux créanciers

sus énoncés; d'où la conséquence que tout créancier soumis par la loi à l'obligation d'inscrire, qui se présente à l'ordre avec une inscription non renouvelée dans le délai légal, ne peut s'étayer de cette inscription comme d'un titre valable et efficace; — Et, *attendu* que l'on ne peut pas soutenir raisonnablement que les actes de procédure dont l'on vient de faire mention, et surtout la notification des placards faite aux créanciers inscrits avant l'expiration des dix années, opère une espèce de contrat judiciaire entre eux, à la faveur duquel la prescription ait été interrompue, et le renouvellement soit devenu inutile; car on ne peut voir autre chose, dans de pareils actes, que des formalités préliminaires à la vente des biens; et il est évident que ni l'enregistrement de la saisie au bureau du conservateur, ni la notification des placards, n'emportent pas une reconnaissance du droit réel d'hypothèque et du rang de chacun des créanciers à qui la notification est faite; — *Attendu* que la discussion et la véritable litiscontestation sur ces points ne commencent que lors de l'ouverture de l'ordre, époque à laquelle chacun des créanciers doit présenter des titres réguliers; — *Attendu*, enfin, qu'il est constant, en fait, que l'agent du trésor s'est présenté à l'ordre avec une inscription qui se trouvait déjà périmée à l'époque du jugement d'adjudication, du 5 février 1818, et de l'ouverture de l'ordre, du 15 mai suivant; — *Rejette*.

Si l'on fait bien attention au dispositif de cet arrêt, on est convaincu qu'il n'en résulte autre chose, ainsi que de l'arrêt de la même Cour, du 31 janvier 1821, si ce n'est que l'enregistrement de la saisie réelle, et même celui de la notification du placard indicatif de la première publication du cahier des charges, ne dispensent pas du renouvellement décennal de l'inscription. Mais ces arrêts, ainsi que l'observe l'auteur du receuil, sur le dernier du 9 août 1821, ne font pas connaître, d'une manière assez précise, le moment où une inscription hypothécaire doit être réputée avoir produit son effet, et où cesse, par conséquent, pour le créancier, l'obligation de la renouveler. La Cour de cassation n'avait pas à juger que l'inscription eût atteint son effet légal au moment de l'adjudication, puisque dans l'espèce sur laquelle elle avait à statuer, c'était dans l'intervalle de la notification du placard à l'adjudication qu'étaient expirés les dix ans, à compter de l'inscription prise par le trésor public. On doit donc en conclure que la question de savoir si l'adjudication est, ou non, le terme auquel cesse la nécessité du renouvellement de l'inscription, reste encore entière. Cependant ce sont les arrêts seuls de la Cour de cassation qui laissent dans l'incertitude; car il semblerait, d'après l'arrêt de la Cour royale de Paris, du 19 août 1820, que dès l'instant de l'adjudication, finit l'obligation du renouvellement. Or, d'après les motifs que j'ai déjà exposés, et jusqu'à ce qu'il se soit formé, à ce sujet, une jurisprudence constante, je crois devoir persister dans la fixation de ce terme; en sorte que le renouvellement ne devient plus nécessaire dans l'intervalle de l'adjudication à l'ouverture de l'ordre.

Il est vrai que l'auteur du receuil dont j'ai tiré l'arrêt du 9 août 1821, ne croit pas devoir se rendre à cette décision. Mais nous ne saurions adopter les motifs qu'il en donne : il suppose que l'ordre peut ne se faire que très long-temps après l'adjudication; et il trouve fort extraordinaire que, dans ce cas, des créanciers puissent venir à l'ordre, munis d'inscriptions qui remonteraient à plus de dix ans. Il n'y a rien là d'extraordinaire, s'il est vrai, comme je crois l'avoir établi, que dès l'instant de l'adjudication l'exercice de l'hypothèque est terminé; que l'ordre n'est qu'une suite, une exécution de l'adjudication, et qu'il se fait d'après l'état de choses existant lors de l'adjudication, d'après les droits respectivement acquis à cette époque.

Enfin, mon travail étant en cet état, et ce § 3 étant à l'impression, il a été rendu, par la Cour royale de Riom, 1re *chambre civile*, un arrêt prononcé, après en avoir délibéré, à l'audience du 4 mars 1822, qui juge la question en thèse.

Dans l'espèce de cet arrêt, Joseph Vacher avait été exproprié de ses biens, sur saisie immobilière, à la requête des héritiers Flat. L'inscription de ces héritiers sur les biens de leur débiteur, était du 7 septembre 1807. L'adjudication des biens se fit le 3 février 1817. Cette inscription était alors en vigueur, puisqu'il ne se serait écoulé dix ans qu'au 7 septembre 1817. Mais ces dix ans étaient expirés avant l'ouverture de l'ordre, sans qu'il y eut eu un renouvellement de l'inscription.

Lorsqu'il fut question de procéder à l'ordre, Antoinette Touset, femme de Joseph Vacher, s'y présenta, et demanda à être colloquée à la date de son contrat de mariage, qui était du 30 pluviôse an 8, pour ses répétitions, dont les unes étaient vraiment dotales, et dont les autres étaient purement paraphernales. (Les époux avaient été mariés sous le régime dotal.) Les héritiers Flat contestèrent l'allocation qui avait été faite, par les premiers juges. au profit de la femme Vacher, de ses répétitions extradotales, par préférence à leurs créances. Ils soutinrent que, pour les droits de cette nature, la femme était soumise à la formalité de l'inscription; qu'il n'y avait affranchissement de l'inscription que pour la dot et les conventions matrimoniales. Cette femme avait bien pris une inscription pour ses droits, soit dotaux, soit extradotaux; mais c'était seulement au mois de novembre 1821, au moment même de l'ouverture de l'ordre. Or, cette inscription était impuissante, comme tardive, à l'égard de celle des héritiers Flat, puisque celle-ci était du 7 septembre 1807. L'épouse Vacher établit, comme moyen principal de sa cause, que l'hypothèque légale des femmes existait, indépendamment de toute inscription, tant pour les droits extradotaux ou paraphernaux que pour les droits dotaux; ce qui devint la matière d'une forte discussion. Mais elle soutint en la cour, pour neutraliser l'effet de l'antériorité de l'inscription des héritiers Flat, que cette inscription devait être regardée comme si elle n'eût jamais existé, parce qu'elle était périmée : elle soutint qu'il était indifférent qu'elle fût en vigueur au 3 février 1817, époque de l'adjudication; qu'il suffisait, pour qu'elle eût perdu tout son effet, qu'elle remontât, lors de l'ouverture de l'ordre, à plus de dix ans, sans avoir été renouvelée. Ce système de défense fit naître une seconde question également importante.

Ces deux questions furent jugées par le même arrêt. Je rends le dispositif de l'arrêt, relatif à la première question, au chapitre 3 de cette première partie, où je traite des *hypothèques légales;* et attendu l'importance de la seconde, dont il s'agit ici, je vais transcrire les motifs de l'arrêt qui la concernent.

« En ce qui touche la seconde question qui s'est élevée sur l'appel, qui est de savoir si l'inscription prise par les héritiers Flat sur les biens de Joseph Vacher, le 7 septembre 1807, doit être déclarée comme non avenue, parce qu'elle était périmée à l'époque de l'ouverture de l'ordre; — Considérant qu'il y a sur cette matière un principe constant, établi par les arrêts de la Cour de cassation, que le renouvellement de l'inscription devient inutile, dès l'instant qu'elle a atteint son effet légal; — Considérant que, lorsqu'il s'agit d'expropriation des biens du débiteur, l'inscription a nécessairement atteint cet effet légal, dès l'instant de l'adjudication; que c'est seulement jusque là que doit se continuer l'exercice de l'hypothèque de la part des créanciers; — Qu'en effet, la vente judiciaire sur expropriation est l'unique but de l'hypothèque; que, dès le moment de cette vente, l'immeuble est purgé de toutes les hypothèques qui se convertissent en actions sur le prix; — Que l'ordre pour la distribution de ce prix, à quelque époque qu'il ait lieu, n'est que l'exécution de l'adjudication, lors de laquelle tout est consommé; — Que si, à l'époque de l'ordre, il s'agit de déterminer le montant des créances, cette détermination se fait d'après les droits acquis à chacun des créanciers au moment de l'adjudication, lors de laquelle ces droits sont irrévocablement fixés; — Qu'on ne conçoit pas la nécessité de s'inscrire sur un

débiteur qui a cessé d'être propriétaire de l'immeuble hypothéqué, lequel a passé sur la tête de l'adjudicataire, qui en est propriétaire pour et au nom des créanciers, qui doivent et ne peuvent que s'en partager le prix; — Attendu, enfin, que l'adjudication étant du 3 février 1817, l'inscription des héritiers Flat était alors en vigueur, puisqu'elle est du 7 septembre 1807; etc. »

109. De ce qui vient d'être dit, il se tire la conséquence que l'inscription qui serait prise, pour la première fois, par un créancier, viendrait à tard, si elle était prise seulement après l'adjudication. L'exercice de tous droits réels d'hypothèque est consommé dès l'instant de l'adjudication, et il ne peut l'être qu'en faveur des créanciers inscrits à cette époque, et exclusivement à tous autres. L'immeuble est devenu la propriété des créanciers inscrits, sauf le partage du prix entre eux, ne pouvant pas se partager l'immeuble. On ne peut prendre une inscription sur le débiteur, à raison de l'héritage adjugé, puisqu'il n'en est plus propriétaire, ainsi que je l'ai déjà dit. En vente volontaire, la transcription (sauf la quinzaine, d'après l'art. 834 du Code de procédure) purge les hypothèques non inscrites auparavant; et comment n'en serait-il pas de même de l'adjudication? Elle emporte évidemment tout à la fois le dessaisissement de la propriété contre le débiteur, et la purgation des hypothèques non inscrites. C'est par suite de cette idée que, lors de la discussion, à la section de législation du Tribunat, de l'art. 752 du Code de procédure civile, dans lequel il est dit que le poursuivant prendra l'ordonnance du juge commis, qui ouvrira le procès verbal d'ordre, auquel sera annexé un extrait délivré par le conservateur, de toutes les inscriptions existantes, cette section désirait qu'on ajoutât à ce mot *existantes*, ceux-ci, *au moment de l'adjudication*, pour rappeler, disait-elle, qu'il ne peut y avoir d'inscription utile après l'adjudication. Cette addition ne fut point rejetée. La suite de la discussion apprend que la section du Tribunat, croyant améliorer la loi, avait proposé huit nouveaux articles, dans l'un desquels (art. 776 *quinque*) était l'addition dont je viens de parler : « Seront colloquées, en troisième rang et dans l'ordre de leurs inscriptions, les créances hypothécaires, *pourvu que les inscriptions aient été faites avant l'adjudication.* » La proposition de ces articles était précédée d'observations qui venaient à leur appui; l'addition est justifiée, et l'orateur du Tribunat l'érige en principe dans son discours. Il donne à entendre pourquoi les additions proposées par le Tribunat ne devinrent pas autant de dispositions législatives. Ce n'était pas qu'elles ne fussent justes; mais elles auraient pu produire une superfluité qui eût pu induire en erreur sur leur application. « Lorsqu'il s'agit, disait-il, de certaines questions qui sont soumises aux hypothèses, aux circonstances qui peuvent varier à l'infini, une trop grande prévoyance du législateur pourrait le faire tomber *dans des limitations injustes*. La loi devient alors d'autant meilleure, qu'elle laisse aux tribunaux une certaine latitude sur l'application des règles fondamentales qui ne peuvent être méconnues [1]. » Il n'y a rien de plus juste en effet, dans une infinité de cas, et notamment dans celui dont il s'agit. Il y aurait eu de l'inconvénient à insérer dans l'art. 752 les mots, *au moment de l'adjudication*. Une disposition aussi absolue aurait fait supposer la nécessité d'une inscription existante en ce moment, pour toutes hypothèques quelconques, même pour les hypothèques légales affranchies d'inscription; car on sent bien que j'ai entendu faire exception, pour ces hypothèques, à la règle que je viens d'établir. Ces inscriptions peuvent arriver à temps, avant la confection de l'ordre. L'adjudicataire peut même, comme l'acquéreur volontaire qui a transcrit, les provoquer avant la confection de l'ordre, ainsi que je m'en explique ailleurs. Dans une matière aussi compliquée, il faut faire, relativement à

[1] Sur tout ce qui vient d'être dit, voyez l'excellent ouvrage de M. Locré, *Esp. du Code de procédure*, tom. 3, sur les articles 752 et 753.

plusieurs articles, une application distributive des règles, selon les circonstances et les différences d'hypothèses. Certains articles renferment des principes particuliers, et il faut les concilier avec ceux qui présentent des principes généraux.

110. J'ai donné une assez grande étendue à la discussion des deux questions qui font l'objet des deux numéros précédens, et qui se rattachent au même principe. Ces deux questions en étaient susceptibles. Cependant je ne puis pas m'assurer d'avoir donné une solution sûre. Les progrès de la jurisprudence sont bien parvenus au point d'établir que l'inscription n'atteint pas son effet légal, par l'enregistrement exigé par l'article 696 du Code de procédure; mais elle ne fournit pas de documens suffisans pour déterminer si l'instant où cet effet légal est atteint, est celui de l'adjudication, ou celui de l'ouverture de l'ordre. Le Tribunat a bien émis l'avis que cet instant devait être celui de l'adjudication; mais cet avis n'a pas été érigé en principe par la loi même, sans qu'il paraisse néanmoins qu'il ait été rejeté.

On peut encore ajouter une nouvelle réflexion, qui est que le jugement d'adjudication peut être attaqué par la voie de l'appel, pour lequel on a trois mois, comme dans les cas ordinaires. Il est possible que le jugement soit annulé; et on sent que, d'après ces circonstances qui me semblent n'avoir pas été prévues, les difficultés s'augmenteraient encore. Car, dans le temps plus ou moins long qui peut s'écouler entre l'adjudication et l'arrêt qui statuerait sur l'appel et même entre une première adjudication et une nouvelle, si la première était annulée, les dix ans dans lesquels une inscription aurait été prise peuvent expirer. Il me semble que, pour être conséquent avec le principe qui serait admis que l'adjudication est le terme auquel l'inscription reçoit son effet légal, il faudrait dire que, dans le cas de l'appel du jugement d'adjudication, et si, par suite de cet appel, ce jugement était infirmé, cet effet légal ne serait atteint qu'au moment de la seconde adjudication. La raison en est que l'appel suspend l'exécution, et que l'infirmation doit faire considérer le jugement infirmé, comme n'ayant dû produire aucun effet, et même comme n'ayant jamais existé. Cependant on devrait dire que si, sur l'appel, le jugement d'adjudication était confirmé, et que quand les dix ans d'une inscription expireraient entre le jugement d'adjudication attaqué et l'arrêt confirmatif, l'inscription aurait atteint son effet légal, dès l'instant même du jugement d'adjudication. Cela serait fondé sur le principe général, que la confirmation d'un jugement attaqué par la voie de l'appel a un effet rétroactif au jour même du jugement confirmé.

Mais ce ne sont là que des avis. L'intérêt personnel fera toujours naître des divergences d'opinions; et je ne puis m'empêcher de manifester le désir que, si jamais la loi est revisée, une disposition législative indique le point auquel l'inscription a atteint son but, et reçoit son effet légal; si ce point est ou l'acte énoncé dans l'art. 696 du Code de procédure, ou le jugement d'adjudication, ou enfin le procès verbal d'ouverture de l'ordre. En attendant, je ne puis que dire que la prudence veut que les créanciers entretiennent la vigueur des inscriptions jusqu'à cette dernière époque. [1]

111. Dans tout ce que j'ai dit sur la question de savoir quel est le point auquel on ne peut plus prendre une inscription avec effet, ou de l'acte énoncé dans l'art. 696 du Code de procédure, ou de l'adjudication, ou enfin du procès verbal

[1] Je dois cependant observer que, lorsque je désirais l'intervention de l'autorité du législateur, j'étais livré à mes propres réflexions en écrivant la dissertation qui est au nº 108. Ce n'est qu'après cette dissertation que j'ai connu les arrêts de la Cour de cassation, des 31 janvier 1821, et 9 août suivant, ainsi que celui de la Cour royale de Paris, du 19 août 1820, dont j'ai fait mention à la suite de cette dissertation. Ce n'est encore qu'après, qu'a été rendu l'arrêt de la Cour royale de Riom, du 4 mars, 1822. Il peut se faire que les difficultés ne soient plus aussi considérables, d'après ces arrêts; néanmoins elles sont encore assez embarrassantes, pour laisser désirer qu'elles soient aplanies par l'autorité du législateur.

d'ouverture d'ordre, je supposais que le titre constitutif d'hypothèque était antérieur à la saisie immobilière. Mais cette discussion mène à une autre question importante : elle consiste à savoir si, après une saisie immobilière, et après la dénonciation de cette saisie au débiteur celui-ci peut conférer une hypothèque, et si le créancier peut faire inscrire cette hypothèque avec effet.

Le siége de la difficulté est dans l'art. 692 du Code de procédure. Il y est dit : « La partie saisie ne peut, à compter du jour de la dénonciation à elle faite de la saisie, aliéner les immeubles, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » On peut rapprocher cet article de l'article 2124 du Code civil, qui porte que les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont *la capacité d'aliéner* les immeubles qu'ils y soumettent. On peut conclure de ce rapprochement que le saisi qui se trouve dans la position indiquée par l'article 692 du Code de procédure, est privé de la faculté d'hypothéquer l'immeuble saisi, par cela seul qu'il est privé de celle de l'aliéner, l'une de ces facultés paraissant être subordonnée à l'autre.

Ce qui prouverait que cette question présente des difficultés, c'est que les auteurs qui, de ma connaissance, l'ont traitée, sont divisés d'opinions. M. Tarrible, *Rép. de jurispr.*, au mot *Saisie immobilière*, § 6, *art.* 1er, *nos* 14, semble supposer que le débiteur saisi peut hypothéquer ; que cette nouvelle hypothèque ne nuit point aux créanciers qui resteraient comme chirographaires, et qui ne doivent venir que par contribution, puisque leur droit aurait toujours été le même, avant comme après cette nouvelle hypothèque, leur qualité de créanciers chirographaires n'en étant pas changée. M. Delaporte, *tom.* 2, *pag.* 299, en parlant de l'art. 692, fait remarquer que le mot *aliéner* y est pris dans la signification propre, c'est-à-dire, qu'il n'exprime que le transport de la propriété. M. Pigeau, *tom.* 2, *pag.* 219, est du même avis. Mais M. Carré, dont l'opinion a du poids, est d'un avis contraire. Suivant lui, l'art. 692 du Code de procédure, en interdisant au saisi la faculté d'aliéner, lui a, par cela même, interdit la faculté d'hypothéquer. Il se fonde sur l'art. 2124 du Code civil, qui assimile parfaitement l'hypothèque conventionnelle à la vente volontaire. Il se fonde encore sur l'art. 2146 du même Code.

Je ne saurais approuver l'opinion de M. Carré. Quant à l'art. 2146, il me paraît inapplicable à l'espèce. Cet article n'est relatif qu'aux faillis ; et l'on ne peut certainement comparer un débiteur saisi à un particulier qui a été déclaré en faillite : il y a loin de l'un à l'autre. Par rapport à l'argument tiré de l'art. 2124, je ne le crois pas juste. Dans le no 31 et suivans, j'ai bien professé le principe, d'après cet art. 2124, et d'après les lois romaines, que la faculté d'hypothéquer était une conséquence de celle d'aliéner ; mais en quel sens m'en suis-je expliqué ? C'est principalement dans le sens de la *capacité* relative aux personnes, telles que les mineurs, les interdits, les femmes mariées. Mais hors des questions concernant cette capacité, et lorsqu'il est démontré que le législateur a voulu prendre le mot *aliéner* dans sa signification propre et absolue, abstraction faite du mot *hypothéquer*, il faut alors examiner et apprécier la loi sous un autre point de vue. Or, il me paraît indubitable que, sous ce rapport, l'art. 2124 ne peut servir de commentaire à l'art. 692. Sans doute, en considérant l'interdiction d'aliéner comme portant sur la chose, en principe général, il devient certain qu'il en est de même de la faculté d'hypothéquer. Ainsi, les choses qui ne sont point dans le commerce, ou qui n'appartiennent point à celui qui s'oblige, ne peuvent être hypothéquées ; mais c'est ce qu'on ne peut dire du débiteur saisi : il est toujours propriétaire. S'il est démontré que la loi le prive, dans un cas, de la faculté d'aliéner, par des motifs qui sont étrangers à la faculté d'hypothéquer, il faut restreindre l'interdiction au cas particulier qui a été

l'objet de l'attention du législateur, et ne pas lui donner de l'extension.

Or, il n'est pas douteux que si l'art. 692 a interdit la vente conventionnelle de l'immeuble saisi, c'est seulement parce que cette vente arrêterait une procédure commencée sans que le débiteur se fût libéré, et qu'il faudrait souvent en recommencer une nouvelle contre l'acquéreur, qui, à son tour, pourrait encore arrêter une nouvelle saisie, en revendant l'immeuble à un autre; ce qui pourrait multiplier à l'infini les procédures, et par conséquent les frais. Tout cela est si vrai, que si le débiteur ou l'acquéreur paient tous les créanciers inscrits, ou consignent le montant des créances inscrites, la vente, quoique faite après la dénonciation de la saisie, n'en est pas moins valable. Tout cela écarte l'application de l'art. 2124.

D'ailleurs, les motifs qui ont déterminé le législateur à ôter au débiteur la faculté d'aliéner l'immeuble saisi, n'existent pas pour faire interdire une constitution d'hypothèque, qui n'apporte aucun obstacle à la marche de la procédure en expropriation forcée, et qui ne fait non plus aucun tort aux créanciers inscrits. Pour ce qui est de l'intérêt des créanciers chirographaires, le législateur ne pouvait les avoir en vue dans l'art. 692, puisque, d'après les articles suivans, la vente de l'objet saisi est valable, même après la dénonciation, pourvu que les créanciers inscrits soient payés.

Enfin, ce qui achève de prouver que, dans le langage de la loi, l'interdiction d'aliéner n'emporte pas toujours, et nécessairement, l'interdiction d'hypothéquer, c'est que, d'après l'art. 443 du Code de commerce, les hypothèques consenties par le failli dans les dix jours de l'ouverture de la faillite, sont nulles de plein droit; et que, d'après l'art. 444 du même Code, les aliénations d'immeubles, faites à la même époque, sont seulement susceptibles d'être annulées pour cause de simulation et de fraude.

On pourrait cependant attaquer la constitution d'hypothèque faite par le débiteur saisi, après la dénonciation de la saisie, s'il était parfaitement établi qu'il y eût déconfiture à son égard, et qu'il y eût des circonstances de dol et de fraude; et, à ce sujet, il me suffit de renvoyer à ce que je dis dans le § suivant, sur l'état de *déconfiture*, par opposition à celui de faillite. Mais je traite ici la question dans le point de droit, abstraction faite des circonstances.

Après avoir donné cette décision, j'ai connu l'arrêt de la Cour royale de Paris, du 19 août 1820, que j'ai cité à la suite de la dissertation qu'on lit au n° 108. Cet arrêt important juge que l'inscription doit être entretenue par le renouvellement, jusqu'à l'adjudication qui suit l'expropriation forcée. Et l'établissement de cette décision a amené, dans les motifs de l'arrêt, une énonciation de principes, qui vient à l'appui de mon opinion. « Considérant, y est-il dit, que la saisie immobilière, et la dénonciation qui en est faite au débiteur, ne détruisent pas le droit de propriété de ce débiteur, mais apportent seulement des modifications au libre exercice de son droit; qu'il conserve toujours la faculté *d'emprunter*, *d'hypothéquer*, même d'aliéner valablement l'immeuble saisi, si, avant l'adjudication, l'acquéreur consigne, aux termes de l'art. 693 du Code de procédure civile, somme suffisante pour désintéresser les créanciers inscrits lors de l'aliénation. »

112. J'examine la troisième question que j'ai annoncée au n° 106. Elle concerne le cas de la vente volontaire de l'immeuble grevé d'hypothèque, qui serait suivie de la transcription de la part de l'acquéreur.

On tomberait dans une grande erreur si on comparait, quant aux effets, la transcription du contrat de vente aux lettres de ratification qui avaient lieu sous l'édit de 1771. Les oppositions existantes lors du sceau des lettres de ratification, recevaient irrévocablement leur effet. Ces lettres n'étaient scellées qu'à la charge de ces oppositions; et ces oppositions étaient converties en actions sur le prix. Aussi faut-il faire attention que sous cet édit, les enchères, s'il devait y en avoir, précédaient les lettres de ratification; et, dans ce cas, le

plus haut enchérisseur, qui n'aurait pas été l'acquéreur se faisait autoriser par la justice à obtenir en son nom des lettres de ratification. Il ne s'agissait plus alors que de consigner. Mais il n'en est pas de même dans les principes de la législation établie par le Code civil. La transcription n'est, d'après l'article 2182 du Code civil, qu'un acte préparatoire pour parvenir à la purgation des hypothèques. On est convaincu de ce qui vient d'être dit, en rapprochant les articles 6 et 7 de l'édit de 1771, de cet article 2182. La transcription ne change point l'état de choses qui existait auparavant, en ce sens que l'acquéreur n'est pas plus obligé d'acquitter les créances inscrites, qu'il ne l'était déjà ; tandis que sous l'édit de 1771, le sceau des lettres et les oppositions dont elles étaient chargées formaient un contrat entre les créanciers opposans et l'acquéreur, ou le plus haut enchérisseur, en cas d'enchères. La transcription produit cependant bien un effet, qui est d'arrêter le cours des inscriptions, ou, au moins, de borner ce cours à l'expiration de la quinzaine; et, sous ce rapport, on dit que la transcription purge les hypothèques pour lesquelles il n'y a point eu d'inscription avant la transcription, ou dans la quinzaine après. Mais cela est étranger aux inscriptions existantes lors de la transcription, ou à l'expiration de la quinzaine. Il faut, à l'égard de ces inscriptions, un état de choses autre que celui qui résulte de la simple inscription, pour qu'il se forme un contrat entre l'acquéreur et les créanciers inscrits, et qu'il en résulte l'inutilité d'un renouvellement d'inscription. Or, ce nouvel état de choses ne pourrait résulter que de la notification qui aurait été faite par l'acquéreur aux créanciers inscrits, du contrat de vente et de la transcription, aux termes de l'art. 2183. Tel est l'avis de M. Persil, *Rég. hypoth., article* 2154, *nos 4 et* 5, et de M. Battur, *Traité des hypothèques, tom.* 1er, *pag.* 459. « Si, dit M. Battur, dont je rapporte les expressions, parce que je n'aurais pu que les répéter, au lieu de dénoncer son acquisition aux créanciers inscrits, l'acquéreur s'est borné à transcrire, la situation des créanciers n'est point changée. Tant que le certificat des inscriptions n'est pas délivré, *et que la dénonciation n'est point faite*, l'inscription doit être renouvelée, et dans l'intérêt *du tiers acquéreur*, et dans celui des *créanciers*, puisque les uns et les autres pourraient croire que cette inscription est irrévocablement anéantie, et que le conservateur lui-même ne serait point tenu de la porter dans l'état des inscriptions existantes. La péremption en pourrait donc être opposée, soit par les *créanciers inscrits*, soit par le *tiers acquéreur*. »

Je sais que plusieurs personnes, et plus encore à Paris que dans les provinces, sont imbues de l'idée que le renouvellement de l'inscription devient inutile, dès qu'elle existait dans toute sa vigueur à l'époque de la transcription, quoique les dix ans expirent entre cette transcription et la notification aux créanciers. Certaines font une distinction entre le cas où il y a eu concours des créanciers inscrits, dont les uns ont laissé périmer leurs inscriptions, et dont d'autres les ont maintenues par le renouvellement; et le cas où il n'y a qu'un créancier ou même plusieurs, dont l'inscription existait lors de la transcription, et qu'ils ont laissé périmer, sans le concours d'autres créanciers; en sorte que l'acquéreur se trouve seulement en face de ces derniers créanciers. Au premier cas, on convient que lorsqu'il y a une notification de la part de l'acquéreur, les créanciers inscrits, lors de cette notification, doivent avoir, seuls, droit au prix, exclusivement aux créanciers dont les inscriptions seraient périmées à cette époque. Mais on soutient que quand il n'y aurait point eu de notification, et s'il ne reste que des créanciers dont les inscriptions sont périmées avant que cette notification ait lieu, les créanciers conservent toujours, malgré cette péremption, un droit de suite sur l'immeuble. On se fonde sur ce que, dans ce cas, l'acquéreur est lié envers ces créanciers, puisqu'il a connu ou dû connaître

les inscriptions, et qu'il n'a pu ensuite se libérer envers le débiteur qui a vendu, au préjudice de ces inscriptions.

Mais toutes ces idées ne peuvent se concilier avec les principes de la matière.

A l'égard des créanciers entr'eux, relativement à leurs intérêts respectifs, la question ne peut faire de doute. La préférence entre ces créanciers ne peut se régler que par le rapport d'inscriptions qui aient acquis leur effet légal. Or, si les inscriptions sont en vigueur à l'époque des notifications de la part de l'acquéreur, elles ont acquis leur effet légal. Ce qui produit cet effet légal, c'est le contrat qui se forme dès lors entre l'acquéreur et les créanciers inscrits.

Mais si les inscriptions, périmées à l'époque des notifications, ne peuvent produire aucun effet, par rapport aux créanciers dont les inscriptions sont en pleine vigueur au moment de ces notifications, elles ne peuvent pas avoir plus d'effet respectivement à l'acquéreur qui ne notifie pas. Elle ne le lient en aucune manière; et elles ne sauraient l'empêcher de se libérer, s'il n'y avait pas de saisies et arrêts, entre ses mains, de ce qu'il pourrait devoir. En sorte qu'il ne peut être poursuivi à raison d'un droit réel sur l'immeuble, parce que ce droit n'existe plus dès l'instant de la péremption des inscriptions.

Pour se convaincre de cette vérité, il suffit de remonter à un principe aussi simple qu'incontestable. Ce principe est qu'il n'y a d'hypothèque, proprement dite, et par conséquent droit de suite sur l'immeuble, que quand l'hypothèque a son efficacité par l'inscription. S'agit-il de poursuivre un tiers détenteur, qui ne veut pas transcrire pour parvenir à la purgation des hypothèques, les créanciers peuvent le forcer à payer ou à délaisser, par la sommation qu'ils peuvent lui faire, d'après les art. 2169 et 2183. Mais ce droit appartient aux seuls créanciers inscrits; ces articles ne peuvent être séparés des art. 2166 et 2167, dont ils ne sont que les conséquences. Or, il est dit dans l'article 2166 : « Les créanciers ayant privilége ou hypothèque INSCRITE sur un immeuble, le suivent, en quelques mains qu'il passe, etc. » On lit dans l'art. 2167 : « Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies, pour purger sa propriété, il demeure, PAR L'EFFET SEUL DES INSCRIPTIONS, obligé, etc. » S'agirait-il d'exercer une action hypothécaire qui, ainsi que je l'établirai dans la section 1re du premier chapitre de la seconde partie, est devenue inutile par le seul effet de l'inscription, et qui ne peut avoir lieu actuellement que pour l'interruption de la prescription de l'hypothèque, il est encore incontestable que cette action ne peut être exercée que par un créancier hypothécaire *inscrit*.

L'acquéreur qui est dans le cas dont il s'agit, n'est pas dans la position du tiers détenteur dont je viens de parler, puisqu'il a fait transcrire son contrat d'acquisition; mais c'est par cela même qu'il a fait faire cette transcription, qu'il est dans une position bien plus avantageuse. En effet, de la réunion de la transcription, et de la péremption qui survient en suite de l'inscription existante lors de la transcription, il en résulte un affranchissement de l'hypothèque dont l'inscription est périmée. Cela est incontestable, parce que la conséquence certaine de l'art. 2154 est que toute inscription périmée perd tout son effet, de la même manière que si elle n'avait jamais existé. C'est par l'effet d'une saine interprétation de cet article, que l'inscription conserve son effet sans renouvellement, dès le moment qu'étant en vigueur elle a atteint son effet légal. Mais c'est uniquement dans ce cas; et dans l'espèce dont il s'agit, l'inscription n'a pu acquérir son effet légal. Il est de toute impossibilité de lui donner cet avantage, par le seul effet de la transcription. Cet acte purement matériel, ne change pas la position de l'acquéreur; et ne forme aucun contrat entre lui et les créanciers inscrits alors.

Il suffit donc, pour que l'acquéreur qui a simplement transcrit conteste des inscriptions périmées après cette transcription, et pour qu'il puisse se refuser à toutes poursuites dirigées contre lui en vertu de

telles inscriptions, qu'il y ait intérêt. J'ai ici en vue un intérêt légitime, car j'entends certainement repousser jusqu'à l'ombre même d'une pratique de fraude. Or, cet intérêt est sensible. Dès l'instant de l'expiration des dix ans, l'immeuble qu'il a acquis est dégrevé de l'hypothèque. Car il n'y a pas de différence entre une hypothèque pour laquelle on aurait pris une inscription existante à l'époque de la transcription, mais dont les dix années expireraient avant la notification aux créanciers, et toute autre hypothèque pour laquelle on n'aurait pas pris inscription avant la transcription, ou au moins avant l'expiration de la quinzaine suivante. L'acquéreur, dès le moment que les dix années de l'inscription sont expirées, se voit à l'abri des chances des surenchères, et d'une dépossession, par l'effet d'une adjudication judiciaire qui pourrait en être la suite.

Mais il y a un rapport sous lequel il peut exister pour lui un plus grand intérêt. Cela arriverait si, au moment de l'acquisition, et avant la transcription, il avait payé tout ou partie du prix. Il faut bien convenir que, dans l'esprit de la loi, l'acquéreur est présumé n'avoir point payé, respectivement aux créanciers; mais ce n'est là qu'une présomption qui doit céder à la vérité. S'il a payé tout ou partie du prix, on sent que, par la péremption de l'inscription, qui, d'ailleurs, fait présumer l'extinction de la créance, il est délivré des inquiétudes qu'il pourrait avoir sur le sort d'un recours en garantie contre son vendeur.

Ce n'est pas tout; il peut y avoir eu plusieurs ventes successives depuis la première vente faite par celui sur lequel portent les inscriptions, et il peut se faire qu'il n'y ait pas eu de transcription de chacune de ces ventes. Ces exemples ne sont pas rares, dans les provinces surtout, où les ventes se font presque toujours isolément, sans rappeler les précédentes; de manière que la transcription du dernier contrat ne peut s'appliquer qu'à ce seul contrat. Or, on conçoit combien les précédens acquéreurs qui auraient payé tout ou partie du prix de leurs acquisitions, auraient intérêt à faire valoir la péremption des inscriptions qui auraient été existantes à l'époque de la transcription. Les créanciers qui les auraient prises seraient réduits aux ressources des saisies et arrêts entre les mains de l'acquéreur, comme débiteur, n'y ayant pas d'autres créanciers dont les inscriptions seraient en vigueur. Mais le droit qui résulterait de la faculté de faire des saisies et arrêts est bien différent de celui que donnent des inscriptions en vigueur.

Sous l'édit de 1771, l'acquéreur qui avait payé le prix de sa vente, en tout ou en partie, et qui obtenait ensuite des lettres de ratification, pouvait, avant qu'elles fussent expédiées, former lui-même opposition pour la sûreté de sa garantie, à raison du recouvrement de ce qu'il avait payé, et il avait une hypothèque sur l'immeuble qu'il avait acquis, à dater du contrat de vente, parce qu'alors l'hypothèque était générale; elle existait sans stipulation et sans spécialité, il avait le droit de faire valoir l'invalidité des autres oppositions, parce qu'il y avait en lui deux qualités, celle d'acquéreur et celle de créancier. Or, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même actuellement, quoique l'acquéreur ne puisse pas prendre d'inscription pour ce qu'il aurait payé sur le prix. L'intérêt reste, et cet intérêt se réunit au droit qui se tire de l'article 2154.

Au surplus, en ce qui concerne les droits respectifs des créanciers, je crois pouvoir dire que la Cour royale de Paris, d'après un arrêt du 29 août 1815, rapporté par Sirey, *tom.* 16, 2e *partie*, *pag.* 176, a jugé que la notification de la part de l'acquéreur aux créanciers inscrits, était le seul instant où les inscriptions eussent acquis leur effet légal, et non celui de la transcription. Dans l'espèce de cet arrêt, le sieur Demay, créancier hypothécaire du sieur Durand, avait pris inscription le 16 messidor an 11, correspondant au 15 juillet 1803. L'immeuble hypothéqué avait été vendu par le sieur Durand en l'an 13. L'acquéreur

n'avait fait transcrire son contrat que le 15 juin 1809; il l'avait notifié le lendemain aux créanciers inscrits. Un ordre avait été ouvert le 27 août 1813. Le sieur Demay s'y présenta, et demanda la collocation de sa créance, à la date de son inscription. Deux créanciers contestèrent cette demande, sur le fondement que l'inscription avait plus de dix ans de date, lors de l'ouverture de l'ordre, qu'elle était périmée, et qu'en conséquence, le sieur Demay avait perdu son rang. Ce moyen de défense fut accueilli par le premier tribunal; mais, sur l'appel, le jugement fut infirmé. « Considérant, est-il dit dans l'arrêt, que les ventes dont il s'agit ont été opérées dans les dix années de la date de l'inscription de Demay, et que *les notifications pour purger ont eu lieu dans le même laps de temps.* » Ce n'est pas la transcription qui a décidé, mais bien les notifications.

113. Mais ce qui vient d'être dit est susceptible d'une modification très importante. On ne pourrait en faire l'application à l'égard des acquéreurs successifs de l'immeuble, et des créanciers personnels de ces mêmes acquéreurs. Ainsi, supposons que *Pierre* eût vendu à *Jacques* un immeuble moyennant 50,000 fr., et qu'il y eût des créanciers de *Pierre*, dont les inscriptions fussent encore en vigueur, parce qu'elles auraient moins de dix ans au moment où *Jacques* aurait fait notifier son contrat d'acquisition et la transcription à ces mêmes créanciers de *Pierre*; tous ces créanciers auraient droit de suivre l'immeuble sur *Jacques*, par les raisons qui viennent d'être déduites. Ils conserveraient ce droit, sans être obligés au renouvellement de leurs inscriptions, même à l'égard d'autres créanciers de *Pierre*, qui auraient renouvelé leurs inscriptions avant l'expiration de dix ans; ce renouvellement ne donnerait à ceux-ci aucun avantage sur les autres. Les droits restent tels qu'ils sont fixés au moment de la notification de la vente aux créanciers de *Pierre*.

Supposons actuellement que *Jacques* eût revendu le même immeuble à *Paul*, et que celui-ci l'eût encore revendu à *Jean*; supposons encore que d'abord *Paul*, et ensuite *Jean*, eussent conféré successivement des hypothèques sur le même immeuble dont ils étaient devenus propriétaires, il naîtrait alors un nouvel ordre de choses. Ces acquéreurs successifs, ou leurs créanciers respectifs, dans leur intérêt particulier, et pour se procurer la stabilité, les uns de leurs acquisitions, les autres de leurs créances, se présenteraient au bureau de la conservation des hypothèques, pour prendre connaissance des inscriptions qui pourraient frapper sur l'immeuble qui devrait leur être transmis ou hypothéqué. Ils doivent savoir que l'immeuble peut être grevé non seulement des hypothèques existantes sur le propriétaire actuel, mais encore de celles existantes sur les précédens propriétaires. Celui qui doit recevoir une hypothèque sur l'immeuble, demandera donc l'extrait des inscriptions qui auraient pu être prises par les créanciers de ses anciens propriétaires, dont il indiquera les noms au conservateur. Mais il saura aussi que pour que ces inscriptions grèvent l'immeuble, leur date ne doit pas remonter à plus de dix ans; et, en conséquence, il se bornera à la connaissance des inscriptions qui auraient été prises dans ce délai. Quant à l'acquéreur, il devra sentir qu'il ne suffit pas qu'il n'y ait point d'inscription en vigueur au moment de la transcription, et que ce qu'il aura à faire avec son vendeur dépend de l'état des inscriptions qui se trouveront prises avant l'expiration de la quinzaine, à compter de cette transcription.

Mais si, par rapport à celui qui doit devenir créancier du dernier propriétaire, il ne se trouve que des inscriptions sur les anciens propriétaires, qui seraient périmées; et si, relativement à l'acquéreur de ce dernier propriétaire, il n'y a pas d'inscriptions en vigueur de la part des créanciers de ces anciens propriétaires, au moment de l'expiration de la quinzaine qui aura suivi la transcription, alors toutes les anciennes inscriptions ne peuvent lier ni le créancier, ni cet acquéreur.

Il suit de là que les créanciers de *Pierre*, inscrits sur l'immeuble acquis par *Jacques*, seraient sans droit de suite sur cet immeuble, à l'égard des acquéreurs ou des créanciers des propriétaires postérieurs, si ces créanciers de *Pierre* n'avaient pour eux que leurs inscriptions sur *Pierre*, quoiqu'elles fussent en vigueur à l'époque des notifications à eux faites par *Jacques*; ces inscriptions n'auraient d'effet, en faveur des créanciers de *Pierre*, que contre *Jacques* et les créanciers de ce dernier. On voit donc combien il est toujours prudent qu'on renouvelle les inscriptions sur le débiteur, avant l'expiration des dix ans [1].

114. On ne peut prendre, avec effet, une inscription après l'ouverture d'une succession, lorsqu'elle n'est acceptée ensuite que sous bénéfice d'inventaire, ou qu'elle devient vacante. On ne peut aussi prendre, avec effet, une inscription sur les biens d'un débiteur qui tombe en faillite, après l'ouverture de la faillite, et même dans les dix jours précédens. C'est ce que je dis dans le § suivant. Quelques auteurs en ont conclu que si les dix ans de la date de l'inscription ne sont pas expirés, soit au moment de l'ouverture de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, soit lorsque la faillite arrive, alors l'inscription a reçu son effet légal, et qu'il devient inutile de la renouveler après. Ils ont comparé ces deux cas à celui où, lorsqu'il s'agit de poursuites en expropriation faites contre le débiteur, l'inscription aurait atteint son effet légal dès l'instant de l'adjudication, ou de l'ouverture de l'ordre. Ils les ont encore comparés à celui où, s'agissant de vente volontaire, l'inscription aurait atteint le même effet légal, dès l'instant des notifications faites par l'acquéreur aux créanciers inscrits. Mais cette opinion ne peut être admise.

Quel est le motif de la dispense du renouvellement de l'inscription, dans les deux derniers cas que je viens de rappeler? C'est que le but de toute hypothèque, à défaut de paiement de la part du débiteur, est d'avoir droit de suite sur tous les immeubles soumis à l'hypothèque. Ainsi, lorsque dans les poursuites quelconques exercées sur ces immeubles, il arrive un instant où l'hypothèque inscrite atteint son but, où son effet est rempli, alors une nouvelle inscription devient parfaitement inutile. Il pourrait même se faire qu'elle ne pût point être prise sur le vrai propriétaire; ce qui arriverait après l'adjudication.

Mais ce motif est étranger au cas de la succession bénéficiaire ou vacante. L'héritier sous bénéfice d'inventaire peut être autorisé par la justice à vendre des biens de la succession; et, dans cette circonstance, les hypothèques devraient être connues. Or, c'est ce qui deviendrait impossible, si les inscriptions avaient plus de dix ans de date, et si elles n'avaient pas été renouvelées. D'ailleurs, l'héritier bénéficiaire peut être déclaré pur et simple; cette déclaration aurait un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession. Il pourrait vendre, il pourrait hypothéquer; et les tiers devraient connaître les inscriptions.

Le même motif ne peut pas plus s'appliquer au cas de la faillite. Le failli est bien dessaisi de l'administration de ses biens, mais il ne l'est pas de la propriété; il peut faire annuler les premières poursuites faites contre lui, et obtenir la révocation de tous les jugemens qui auraient pu être rendus. Sans cela même, il peut encore être autorisé à vendre, ou les créanciers peuvent vendre, en vertu de sa procuration. On peut voir là-dessus la savante analyse faite par M. Locré, sur l'art. 442 du Code de commerce, *Esp. du Code de commerce*, *tom*. 5, *et surtout à la pag*. 128 *et suiv*.

[1] M. Persil, au lieu que j'ai indiqué dans le n° précédent, fait une hypothèse pour parvenir au même résultat. J'ai cru devoir donner quelque étendue de plus à celle que je présente. Mais comme, dans une matière abstraite, les hypothèses frappent plus ou moins les lecteurs, selon la manière dont elles sont énoncées, on pourra consulter celle de M. Persil.

Aussi la question a été décidée dans le sens dans lequel je viens de m'expliquer, par un arrêt de la Cour de cassation, du 7 juin 1817. *Denev., même année, pag.* 388. L'arrêt est ainsi motivé : « Que ni la loi de brumaire an 7, ni l'art. 2146 du Code civil, ne défendent ni ne dispensent de renouveler les inscriptions, lorsque le débiteur est tombé en faillite, ou que sa succession est prise sous bénéfice d'inventaire, et qu'ainsi ces évènemens ne suffisent pas pour prolonger l'effet des inscriptions. » On ne voit, ni dans l'arrêt, ni dans la discussion qui l'a préparé, des motifs précis tirés de l'esprit de la loi ; mais je ne conçois pas qu'il puisse y en avoir d'autres que ceux que j'ai exposés [1]. Voyez un arrêt de la Cour royale de Dijon, du 26 février 1819, et un autre de celle de Limoges, du 26 juin 1820, rendus dans les mêmes principes. *Denev. an* 1821, *pag.* 69, *suppl.*

115. Ce même arrêt, du 7 juin 1817, a jugé qu'une action hypothécaire, intentée contre un tiers détenteur, ne dispensait pas du renouvellement de l'inscription à son égard, et que, dans cette circonstance, il avait purgé l'hypothèque par la transcription de son titre. Voici, à ce sujet, les motifs de l'arrêt : « Qu'on ne peut dire que cette inscription avait produit son effet légal, par cela seul qu'un jugement du 25 pluviôse an 13 avait déclaré la maison dont il s'agit affectée et hypothéquée à la créance du demandeur. Ce jugement avait bien l'effet d'interrompre la prescription de l'hypothèque, mais il n'ajoutait d'ailleurs aucun nouveau droit à celui que le demandeur avait déjà sur ladite maison. Il ne faisait donc pas produire à l'inscription un effet légal ; il ne pouvait donc dispenser le demandeur de renouveler cette inscription, s'il voulait conserver son hypothèque contre le tiers acquéreur, qui avait toujours dans la loi un moyen capable de la purger, si elle cessait d'être inscrite. »

Cette décision est une conséquence du principe que, lorsque, sous quelque régime hypothécaire qu'on se soit trouvé, la loi prescrit un acte avec des formes particulières, pour l'établissement ou la conservation de l'hypothèque, on n'a jamais pu y suppléer par tout autre acte quelconque, pas même à l'égard de l'acquéreur par une action hypothécaire, quand elle aurait été suivie d'un jugement. Cela avait lieu sous l'édit de 1771 ; l'opposition ne pouvait être suppléée par une action de cette nature. Telle est l'opinion que j'avais adoptée dans mon Commentaire sur l'art. 15 de cet édit, n° 5. L'un des rédacteurs du Répertoire de jurisprudence, au mot *Déclaration d'hypothèque*, avait d'abord été d'un avis contraire ; mais, dans une addition postérieure, l'auteur même de l'ouvrage professa l'opinion que l'action hypothécaire ne pouvait tenir lieu de l'opposition au sceau des lettres de ratification. Il en était ainsi, quand même il y aurait eu une opposition, mais qui aurait été périmée par le laps de trois ans.

Par une suite du même principe, un arrêt de la Cour de cassation, du 12 octobre 1808, *Sirey, an* 1808, *pag.* 543, a jugé que la transcription d'un contrat de vente antérieur à la loi du 11 brumaire purgeait l'immeuble, même des créances pour lesquelles il y avait eu, en l'an 6, une action en déclaration d'hypothèque. Tel était le résultat de la combinaison des art. 3 et 28 de cette loi. Il y avait, dans l'espèce de cet arrêt, des circonstances les plus fortes qui établissaient que l'acquéreur avait connu la créance, et qu'il s'était montré disposé à accéder, en ce qui

[1] Je dois dire que, dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une succession échue à un mineur ; et on pourrait dire que dans ce cas, comme dans celui d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire par un majeur, une inscription ne peut être prise avec effet après l'ouverture de la succession. Cependant j'ai adopté une opinion contraire dans le § suivant. J'ai pensé que le principe établi par l'article 2146, ne concernait que les successions acceptées par les majeurs sous bénéfice d'inventaire, et qu'il ne pouvait s'appliquer au cas d'acceptations forcées sous bénéfice d'inventaire ; lorsqu'il était question de successions échues à des mineurs. Je ne crois pas qu'on puisse rien induire de cet arrêt contre mon opinion. La succession était ouverte en 1791 ; et plusieurs circonstances tendaient à faire considérer cette succession du même œil que si elle eût été acceptée sous bénéfice d'inventaire par un majeur.

le concernait, à l'effet de la demande hypothécaire. La Cour dont l'arrêt fut attaqué, l'avait motivé sur ce que la transcription avait été faite *de mauvaise foi*. Mais l'arrêt de la Cour de cassation porte que « l'effet de la transcription, est de purger l'immeuble acquis, de toutes hypothèques judiciaires ou conventionnelles, non inscrites avant ladite transcription, sans que la loi en excepte même celles dont l'acquéreur *a pu avoir la connaissance légale à l'époque où il a rempli cette formalité* [1]. » Il doit en être absolument de même sous le Code civil. Il n'attache la publicité, et par conséquent la conservation de l'hypothèque, qu'à l'inscription, sans distinction. Actuellement la déclaration d'hypothèque a un autre objet, même à l'égard du tiers détenteur, ainsi que je l'observerai dans la seconde partie, quand j'expliquerai les principes relatifs à la position du tiers détenteur qui ne purge pas. L'inscription la rend inutile, et l'unique but de cette déclaration est d'interrompre la prescription de l'hypothèque contre le tiers détenteur qui ne fait pas transcrire; mais après la transcription, l'inscription devient indispensable.

116. Il a des cas dans lesquels les inscriptions peuvent n'être pas prises directement par les personnes dans les intérêts desquelles elles sont prescrites; et il s'était élevé des questions très-importantes pour déterminer comment et par qui ces inscriptions devaient être renouvelées. Toutes ces difficultés ont été levées, d'une manière précise, par un avis du Conseil d'état, du 22 janvier 1808. Cet avis contient un développement de réflexions très utiles pour se pénétrer de l'esprit de la loi sur des points importans. Il doit être médité : pour abréger, je me bornerai à en présenter les dispositions principales.

Il en résulte, 1° que toute inscription, sans exception, doit être renouvelée avant l'expiration du laps de dix années.

2° Que lorsque l'inscription a été nécessaire pour opérer l'hypothèque, le renouvellement est nécessaire pour sa conservation;

3° Que lorsque l'hypothèque existe indépendamment de l'inscription, et que celle-ci n'est ordonnée que sous des peines particulières, ceux qui ont dû la faire doivent la renouveler sous les mêmes peines. Ainsi, en ce qui concerne les femmes mariées, les mineurs, les maris et les tuteurs, qui, aux termes de l'art. 2136 du Code, sont obligés eux-mêmes de rendre ces hypothèques publiques par l'inscription sur leurs biens, sont tenus de renouveler l'inscription avant l'expiration des dix années de leurs dates, sous les mêmes peines sous lesquelles les inscriptions ont dû primitivement être prises. Ces peines sont celles du stellionat et de la contrainte par corps;

4° Que lorsque l'inscription a dû être renouvelée par le créancier qui y a intérêt. Ceci concerne le vendeur et le prêteur dont il est parlé dans l'art. 2108 du Code.

Jusque-là, l'avis du Conseil d'état contient une interprétation exacte des articles du Code civil, relatifs aux inscriptions. L'impossibilité de charger le conservateur des hypothèques de ces renouvellemens, y est parfaitement démontrée.

Quant à l'obligation imposée aux conservateurs des hypothèques par l'art. 7 de la loi du 5 septembre 1807, relative aux droits du trésor public, sur les biens des comptables, de faire une inscription, au nom du trésor public, sur ceux des comptables énoncés dans cet article, il y a une règle différente à suivre : les conservateurs sont, pour le renouvellement, comme ils l'étaient pour l'inscription, les

[1] Aussi un arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 16 mars 1811, rapporté par Denevers, même année, pag. 176, au suppl., a jugé que l'acquéreur peut arguer de nullité les inscriptions, même quoiqu'il ait connu positivement les dettes inscrites avant la transcription. Cela tient au principe général que, lorsque la loi a établi une forme spéciale sous laquelle un particulier doit avoir connaissance d'un fait, lorsqu'il s'agit de la conservation, de la transmission ou de la révocation d'une propriété, cette connaissance ne peut résulter légalement que de l'acte prescrit par la loi pour la procurer

agens du trésor public qu'ils représentent. Aussi résulte-t-il de l'avis du Conseil d'état, qu'ils doivent faire le renouvellement sous la surveillance de l'administration.

Il reste encore une observation à faire, concernant les inscriptions que les conservateurs eux-mêmes sont tenus de prendre sur les biens qui font l'objet de leurs cautionnemens. L'art. 7 de la loi du 21 ventôse an 7 leur impose l'obligation de faire l'inscription de leur cautionnement; et il y est ajouté qu'elle subsistera pendant toute la durée de leur responsabilité, *sans avoir besoin d'être renouvelée*. Ces expressions ne pouvaient plus se concilier avec les dispositions du Code civil, qui, respectivement aux tiers, exige impérieusement la connaissance de toutes inscriptions prises dans l'intérêt du trésor public, et qui limite la durée de ces inscriptions à dix ans. Elles ne pouvaient non plus se concilier avec les principes de la loi du 5 septembre 1807. Ainsi, d'après l'interprétation de la législation, qui résulte, en cette partie, de l'avis du Conseil d'état, et d'après le principe qui y est posé, que toute inscription doit être renouvelée avant l'expiration du laps de dix années, les conservateurs sont tenus de renouveler eux-mêmes leurs inscriptions avant l'expiration de ce terme.

117. Pour que le renouvellement de l'inscription se fasse avec effet, on sent qu'il faut une nouvelle inscription qui, comme la première, fasse connaître tout ce que la loi exige; en sorte que les formes de l'inscription nouvelle doivent être les mêmes que celles de la première, selon que l'hypothèque est spéciale, générale ou légale. On peut ajouter au montant de la créance et de ses accessoires les intérêts échus depuis la première inscription; mais, pour ces intérêts, l'hypothèque ne prendra rang que du jour de la nouvelle, à l'exception de deux années et de l'année courante, ainsi que je l'ai déjà expliqué dans le présent §, à moins que l'on eût déjà pris des inscriptions pour ces intérêts à mesure de leurs échéances, pour lesquels il y aurait alors hypothèque, à compter de chacune de ces inscriptions.

Mais il arrive souvent que dans l'intervalle de dix ans, il y a des changemens. L'inscription nouvelle doit être subordonnée à ces changemens. L'objet essentiel est de donner toujours les connaissances exigées par la loi, et sur lesquelles je me suis expliqué dans le § précédent. S'il y avait eu cession ou subrogation de la créance, il faudrait non seulement que l'inscription nouvelle, prise à la diligence du cédataire ou du créancier subrogé, fît parfaitement connaître ce dernier, ainsi que la cession ou subrogation, mais qu'encore l'inscription embrassât la créance telle qu'on avait dû en donner connaissance par la première inscription. On peut consulter, à ce sujet, un arrêt de la Cour de cassation, du 14 janvier 1818. *Denev.*, *an* 1818, *pag.* 91. Le sieur Danglemart, subrogé à une ancienne créance appartenante au sieur Sailhard, pour laquelle il y avait eu une inscription prise par ce dernier le 23 floréal an 7, avait pris, le 23 mai 1807, une nouvelle inscription conçue en ces termes : « Pour sûreté de la somme de....... et pour sûreté *de la subrogation dans l'effet de l'inscription prise le* 23 *floréal an* 7, *vol.* 6, *n°* 145, au profit de Jean-Pierre Sailhard, contre les sieur et dame Duval-Duménil, résultante d'une obligation passée devant M° Trianon et son confrère, notaires à Paris, le 16 mai 1807. » Le sieur Danglemart prit encore une autre inscription le 18 juillet 1811; mais à cette époque, il s'était écoulé plus de dix ans depuis l'inscription du 23 floréal an 7, qu'il avait entendu renouveler par celle du 23 mai 1807. Cette dernière inscription fut annulée; en sorte que l'inscription du 23 floréal an 7 se trouva périmée. Le motif de la nullité de l'inscription du 23 mai 1807, fut qu'elle ne contenait pas un renouvellement de l'inscription du 23 floréal an 7. On ne pouvait, en effet, la considérer que *comme une simple mention de subrogation*, ainsi que cela fut dit par les parties intéressées, d'après la discussion des moyens qui précède l'arrêt.

§ IV.

Des cas où l'on ne peut prendre inscription, ou acquérir hypothèque avec effet, à raison de la position du débiteur, ou de l'état de sa succession.

SOMMAIRE.

118. *Des inscriptions prises dans les dix jours de la faillite.*
119. *Des inscriptions prises dans cet intervalle pour les hypothèques antérieures à la loi de brumaire.*
120. *Des inscriptions sur les successions bénéficiaires ou vacantes.*
121. *Exception, à ce sujet, pour les hypothèques antérieures à la loi de brumaire.*
122. *Les principes ci-dessus doivent-ils s'appliquer aux successions échues aux mineurs.*
123. *Les principes relatifs aux faillites sont-ils applicables au cas de l'insolvabilité ou déconfiture d'un débiteur non commerçant?*
124. *De l'inscription prise sur celui qui a fait cession de biens.*
125. *En est-il des inscriptions prises en cas de faillite, pour priviléges ou hypothèques légales, comme pour les inscriptions prises pour les autres créances?*
126. *De l'application du principe aux hypothèques légales.*
127. *De l'inscription que les agens et les syndics des faillites sont chargés de faire, par les art.* 499 *et* 500 *du Code de commerce.*
128. *De l'effet des demandes formées contre l'héritier, sous le rapport de l'hypothèque, sur les biens de la succession. Nouvelle difficulté que présente l'art.* 2146.
129. *De l'effet des hypothèques obtenues par les créanciers de la succession contre l'héritier, sur ses biens personnels.*
130. *Comment peut avoir lieu l'exécution contre l'héritier, sur les biens de la succession, des titres déjà exécutoires contre le défunt?*

118. Suivant l'ancienne législation, on ne pouvait se faire constituer une hypothèque par un failli, ni passer avec lui aucun contrat obligatoire, non seulement après l'ouverture de la faillite, mais encore dans les dix jours qui la précédaient. Telle était la disposition d'une déclaration du roi, du 18 novembre, 1702. Elle annulait toutes les obligations passées et toutes sentences rendues à ces deux époques. Le mauvais état des affaires du débiteur était réputé connu dans les dix jours antérieurs à l'ouverture légale de la faillite; et la nullité de ce qui se faisait dans ces dix jours était l'effet d'une présomption *juris et de jure*, qui produisait cette nullité par le seul fait, sans qu'elle dût être soutenue d'aucune preuve.

Ces principes ont été admis par la nouvelle législation. C'est ce qu'on voit dans l'art. 11 de la première loi rendue sur cette matière, qui est celle du 9 messidor an 3, et dans l'art. 5 de la loi du 11 brumaire. Les mêmes principes ont été confirmés par l'art. 2146 du Code civil, et par l'art. 443 et suivans du Code de commerce. Les articles de ce dernier Code ont cependant apporté quelques modifications, relativement aux actes translatifs de propriété et aux actes de commerce qui seraient passés dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite. Il me suffit ici d'y renvoyer.

Ces principes sont fondés sur ce que la faillite ouverte et déclarée fixe les droits des créanciers du failli au même état où ils étaient lors de l'ouverture de la faillite, et dix jours avant l'époque à laquelle elle est présumée connue. Dès ce moment le débiteur, d'après l'art. 442 du Code de commerce, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens. Tout ce qu'il fait est suspect; on a tout lieu de craindre qu'il ne cherche à favoriser quelques-uns de ses créanciers au préjudice des autres, ou qu'il ne prenne des mesu-

res frauduleuses pour soustraire ses biens aux poursuites de tous. Enfin, les créanciers sont assimilés à des associés dont la condition est la même, et qui ne peuvent se nuire respectivement. Ainsi, en combinant l'art. 2146 du Code civil avec l'art. 443 du Code de commerce, on ne peut pas plus donner, par l'inscription, l'efficacité à une hypothèque antérieure aux dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, lorsque l'inscription est prise dans ces dix jours, qu'on ne peut acquérir une hypothèque même, dans cet intervalle.

119. Il faut cependant remarquer une modification importante à ce principe, relativement aux hypothèques qui auraient été acquises avant la publication de la loi de brumaire an 7. C'est que, pour ces hypothèques, on a pu prendre avec effet une inscription, même après l'ouverture de la faillite, et à plus forte raison dans les dix jours qui l'ont précédée. Cette modification a éprouvé d'abord des difficultés; mais depuis long-temps elle n'en fait plus. La raison en est que c'est seulement dans le titre 1er que la loi de brumaire contient des dispositions sur les hypothèques et privilèges pour l'avenir, et que ce n'est que sous ce titre, article 5, qu'elle prescrit l'inscription avant les dix jours qui précèdent la faillite; tandis que les dispositions de la même loi, en ce qui concerne les hypothèques du passé, sont consignées dans le titre 3, et qu'on n'y voit point la nécessité de l'inscription avant les dix jours antérieurs à la faillite. D'ailleurs, il eût été injuste d'assujettir aux mêmes règles une inscription qui se prend en vertu d'un titre passé sous le Code civil, qui est le complément nécessaire pour acquérir hypothèque, et l'inscription pour une hypothèque ancienne existant par elle-même, sans la formalité de l'inscription qui était alors inconnue. C'eût été entacher la loi du vice de la rétroactivité. Autre chose est *acquérir* une hypothèque nouvelle, autre chose est *conserver* une hypothèque anciennement acquise.

Cette question est discutée et décidée en ce sens par M. Chabot (de l'Allier), *Questions transitoires*, *tom.* 1er, *pag.* 100 *et suiv.* Il se fonde sur des arrêts de la Cour de cassation, des 18 février et 5 avril 1808. J'ajoute que la question a été jugée de même par deux arrêts remarquables de la même Cour, rendus après l'impression de cet ouvrage de M. Chabot. Ils l'ont été, l'un le 15 décembre 1809, sous la présidence de M. le Grand-Juge ministre de la justice, y ayant eu une première cassation et renvoi à une autre cour; l'autre le 4 décembre 1815. Ces deux arrêts sont dans le Recueil de Denevers, *an* 1810, *pag.* 21, *et* 1816, *pag.* 82 : en sorte qu'il y a, sur ce point de droit, une jurisprudence certaine [1].

On sent bien, d'après ce qui vient d'être dit, que les créances hypothécaires, antérieures à la loi de brumaire, peuvent également être inscrites, avec effet sur les biens d'un failli sous le Code civil, comme elles auraient pu l'être sous la loi même de brumaire, afin de conserver ces hypothèques. Le code civil doit être considéré, sous ce rapport, du même œil que la loi de brumaire, pour la conservation de ces anciennes hypothèques par l'inscription. Les arrêts, quoique rendus pour des inscriptions prises sous la loi de brumaire, décident la question pour celles prises sous le Code; les motifs sont les mêmes. Il y a plus, ces hypothèques étant une fois conservées à leur date, par l'inscription prise dans le délai prescrit par la loi de brumaire, pour l'inscription des hypothèques anciennes, ou dans ceux établis par les lois postérieures qui l'ont prolongé, ont pu être renouve-

[1] On peut voir l'arrêt du 15 décembre 1809, dans les Questions de droit de M. Merlin, 3e édition, aux mots, *Inscription hypothécaire*, § 3. Il y est rapporté, ainsi que ses conclusions, avec tous les détails qu'il est possible de désirer. Cet arrêt était rapporté dans plusieurs ouvrages, et notamment dans le Répertoire de jurisprudence, aux mêmes mots, *Inscription hypothécaire*. M. Merlin corrige des inexactitudes qui s'y étaient glissées; mais ces inexactitudes deviennent indifférentes relativement à ce que je dis sur la question. Je la fais suffisamment connaître en indiquant le principe, et en renvoyant aux sources où les arrêts sont transcrits littéralement.

lées avant l'expiration des dix ans. Ce renouvellement a dû avoir son effet, même quand il aurait eu lieu sous le Code civil, dans les dix jours avant la faillite. C'est aussi ce que M. Chabot a judicieusement observé, *loco citato*, *pag.* 104.

120. Il est également certain qu'une inscription ne pourrait être prise, avec effet, sur une succession qui aurait été acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou qui serait vacante. Cette vacance pourrait arriver, soit parce que les héritiers y auraient renoncé, et qu'en conséquence il aurait été nommé un curateur à la succession vacante; soit parce qu'il ne se présenterait aucun héritier, qu'il n'y en aurait point de connus; ce qui pourrait encore donner lieu à la nomination d'un curateur. L'acceptation bénéficiaire et la vacance de la succession fixent les droits respectifs des créanciers; ces droits ne peuvent plus varier : il en est de ce cas comme de celui de la faillite. Pourrait-on acquérir des droits contre un héritier bénéficiaire qui n'est qu'un simple administrateur tant que cette qualité dure, qui ne peut vendre les biens de la succession qu'avec des formalités et sous l'autorité de la justice! qui ne peut point payer, à son gré, un des créanciers de la succession préférablement aux autres? qui est obligé, en faisant ces paiemens, de suivre l'ordre des priviléges et des créances, sans quoi il y aurait une action en révocation des paiemens, en faveur des créanciers auxquels ces paiemens feraient préjudice? Pourrait-on encore acquérir des droits contre un curateur nommé à une succession vacante, qui toujours, ou au moins presque toujours, n'est qu'un vain fantôme que la nécessité des circonstances oblige de créer? Cela tient encore à ce qu'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou qui est répudiée, est considérée comme étant en état de déconfiture ou d'insolvabilité; et que, de tout temps, lorsqu'un particulier était tombé dans cet état, lorsque cet état était reconnu, il ne pouvait être acquis sur ces biens un droit au profit d'un de ses créanciers, au préjudice des autres. L'acquisition des droits particuliers n'aurait dépendu, en pareille circonstance, que du plus ou moins d'adresse ou de vigilance de certains créanciers, ce qui exclut la bonne foi qui doit régner dans les conventions, et dans l'obtention des jugemens. En un mot, une succession bénéficiaire ou vacante est sous la main de la justice, et dès lors tous les droits des créanciers deviennent égaux.

C'est d'après tous ces anciens principes qu'a été rédigé l'art. 2146 du Code civil. Il y est dit d'abord que les inscriptions ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. Il est ensuite ajouté : « Il en est de même entre les créanciers d'une succession, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux *que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire.* » Ayant été admis en principe, dans notre législation, que l'inscription donne seule l'efficacité à l'hypothèque, qu'elle en est le complément, le législateur, dans cet article, a fait porter sur l'inscription prise aux époques, et dans les circonstances qui y sont énoncées, la même invalidité dont les anciennes lois et la jurisprudence frappaient l'hypothèque qui aurait été, ou donnée, ou obtenue aux mêmes époques et dans les mêmes circonstances, en un temps où l'hypothèque était constituée par le titre même, sans le secours de l'inscription.

Cet art. 2146 ne fait pas mention de la succession vacante; et quelques auteurs en avaient conclu que l'article s'appliquait seulement à la succession bénéficiaire; mais il est de toute évidence que le législateur a entendu comprendre dans ses dispositions la succession vacante, comme la succession bénéficiaire : il y avait même de plus fortes raisons pour le premier cas que pour le second. Aussi, dans l'ancienne jurisprudence, les mêmes principes s'appliquaient à l'un et à l'autre; et M. Merlin a souvent assimilé ces deux cas. C'est ce qu'on voit notamment dans un discours qu'il prononça lors d'un arrêt de la Cour

de cassation, du 4 thermidor an 12, dont je parlerai dans un moment. « Et l'on sent, disait-il, que ce que l'art. 2146 dit d'une succession acceptée par bénéfice d'inventaire, doit, *à bien plus forte raison*, être étendu à la succession qui est totalement abandonnée, et à laquelle la justice est forcée d'établir un curateur. »

Mais respectivement, soit à la succession bénéficiaire, soit à la succession vacante, cet art. 2146 présente une difficulté sérieuse. D'abord, il est sans aucun doute que l'inscription prise après l'acceptation de la succession bénéficiaire, comme après la vacance et contre un curateur qui serait nommé, serait absolument sans effet. L'esprit de l'article se manifeste trop, à cet égard, pour qu'il puisse s'élever la moindre difficulté. Mais cet article a-t-il voulu que l'inscription, pour être valable, fût antérieure aux dix jours qui précéderaient immédiatement l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou la vacance? En d'autres termes, de même que l'art. 2146, par sa combinaison avec l'art. 443 du Code de commerce auquel il se réfère, exige, pour la validité de l'inscription, qu'elle soit prise avant les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, de même aussi, lorsqu'il s'agit d'une succession bénéficiaire ou vacante, faut-il que l'inscription, pour avoir son effet, soit faite avant les dix jours qui précèdent l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ou l'époque à laquelle la succession devient vacante? Telle est la question délicate que fait naître l'art. 2146.

L'ancienne jurisprudence, en ce qui concerne la validité de l'hypothèque sur une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou devenue vacante, présente peu de moyens pour qu'on puisse décider par des analogies la question dont il s'agit. En effet, dans les anciens auteurs on ne voit guère autre chose, si ce n'est le principe énoncé d'une manière vague et générale, que l'hypothèque ne pouvait être obtenue ni accordée sur une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou régie par un curateur nommé, si elle était vacante.

Je dois dire, cependant, qu'il paraîtrait que, d'après une jurisprudence particulière qui s'était formée au parlement de Flandres, pour que l'inscription eût son effet, elle devait être faite antérieurement aux dix jours qui précédaient immédiatement l'époque de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ou celle de la vacance de la succession. C'est ce qu'observait M. Merlin, en portant la parole, lors de l'arrêt de la Cour de cassation, du 4 thermidor an 12, rapporté, avec son discours, dans ses *Questions de droit*, aux mots *Succession vacante*, § 1er. Néanmoins, on voit encore, d'après ce qu'il disait, que cette jurisprudence ne s'était pas soutenue dans ce parlement. Au surplus, cette jurisprudence particulière et isolée ne pouvait être regardée que comme une exception aux principes généraux observés dans le reste du royaume. Il faut donc recourir à d'autres bases pour se décider sur ce qu'a voulu l'art. 2146 du Code civil.

Comparons les termes des lois nouvelles, antérieures néanmoins au Code civil, aux dispositions de cet art. 2146. Il était dit dans la loi du 9 messidor an 3, art. 11 : « Les jugemens rendus dans les dix jours antérieurs à la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiement d'un commerçant, ne sont point susceptibles d'hypothèque. » On lit dans l'article 12 : « Ne sont pareillement susceptibles d'aucune hypothèque les condamnations obtenues contre *l'hérédité acceptée sous bénéfice d'inventaire*, ou *le curateur à la succession vacante*. » Il est aisé de voir que cet article frappait seulement de nullité l'hypothèque qui aurait été obtenue contre l'héritier bénéficiaire, ou contre le curateur à la succession vacante, ou qui aurait été accordée pour eux; en sorte que s'il était survenu une hypothèque dans l'intervalle de l'ouverture de la succession à l'acceptation bénéficiaire, ou à la vacance de la succession, quelle que fût l'époque où cette hypothèque arrivât, dans ce même intervalle, c'est-à-dire, que ce fût avant ou pendant les dix jours qui auraient précédé l'acceptation

bénéficiaire ou la vacance, l'hypothèque devait avoir son effet ; car, étant dit dans l'article précédent, relativement à la faillite, que l'hypothèque était nulle, si elle était prise pendant les dix jours antérieurs à la faillite, comment supposerait-on que la disposition concernant cette nullité dans ce cas, étant si présente à l'esprit du législateur, il n'eût pas mis pour condition de la validité de l'hypothèque concernant la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou devenue vacante, que cette hypothèque remonterait au delà des dix jours qui auraient précédé l'acceptation bénéficiaire, ou la vacance? Le législateur comparait l'état de déconfiture ou d'insolvabilité de la succession, qui résultait de ce qu'elle était acceptée par bénéfice d'inventaire, ou de ce qu'elle devenait vacante, au même état d'insolvabilité qui résulte de l'ouverture de la faillite. Mais il ne voulait pas soumettre les créanciers à la nécessité de prendre ou obtenir l'hypothèque avant les dix jours antérieurs à l'acceptation bénéficiaire ou à la vacance, comme il avait voulu soumettre les créanciers, pour le cas de la faillite, à la nécessité d'avoir une hypothèqne qui remontât au delà des dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite.

La loi de brumaire an 7 avait gardé le silence sur ce qui concernait les successions bénéficiaires ou vacantes. L'article 5 de cette loi répétait seulement la disposition de l'art. 11 de la loi du 9 messidor an 3. Cependant il était difficile, ainsi que l'observe M. Merlin, de tirer de ce silence l'induction que le législateur eût entendu donner un effet indéfini à toute inscription qui aurait été prise sur une succession bénéficiaire ou vacante. Mais alors il n'aurait pas été question que de suivre, pour l'inscription prise dans ces deux circonstances, les mêmes principes admis dans l'ancienne jurisprudence pour l'hypothèque obtenue sur une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou contre le curateur nommé à la succession vacante. Et dès lors, il est vrai de dire que l'inscription prise avant l'acceptation bénéficiaire, ou avant la vacance, eût été valable, quelle que fût l'époque où l'inscription eût été prise, entre l'ouverture de la succession et son acceptation bénéficiaire, ou la vacance.

Venons à l'art. 2146 du Code civil. D'abord, il n'y est pas dit un mot de la fixation de l'inscription, antérieurement aux dix jours qui précéderaient l'acceptation bénéficiaire de la succession ou la vacance, quoique dans le même article les dix jours antérieurs à la faillite, en le combinant avec l'art. 443 du Code de commerce, formassent une époque prohibée relativement à l'inscription. On ne peut tirer aucune induction de ce que, dans la première partie de l'art. 2146, où l'on avait en vue la faillite, on n'y parle pas précisément des dix jours, et de ce qu'il y est seulement dit « si elles sont prises dans le délai *pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls.* » Il y a toujours nne prohibition de s'inscrire non seulement après l'ouverture de la faillite, mais encore dans un délai antérieur qui devait être déterminé. Cette détermination, qui devait être faite dans le Code de commerce, importait peu lorsqu'on rédigeait l'art. 2146 ; et d'ailleurs elle était déjà faite à ces dix jours dans les lois antérieures au Code civil.

Ensuite, quand on en vient dans le même article 2146 à la succession acceptée par bénéfice d'inventaire, qu'y dit-on? « Il en est de même entre les créanciers d'nne succession, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que *depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire.* » Le législateur a-t-il voulu dire, par ces expressions, que l'inscription serait faite dans un temps déterminé, au delà des dix jours qui précéderaient l'acceptation bénéficiaire ou la vacance? Il est difficile de se décider pour l'affirmative. Outre l'induction qui se tire du silence de la loi sur la détermination d'une époque antérieure aux dix jours, à laquelle l'inscription eût dû être faite dans le cas de l'acceptation bénéficiaire ou vacante, comme pour le

cas de la faillite, les règles grammaticales résistent à ce qu'on adopte la comparaison qu'on voudrait faire, en tout sens, du cas de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance d'une succession, au cas de la faillite, c'est-à-dire, à ce que l'inscription, dans un cas comme dans l'autre, fût prohibée dans les dix jours précédens. Le législateur permet l'inscription après l'ouverture de la succession; mais il l'annule aussitôt dans un seul cas, qui est celui où, après cette ouverture, la succession *n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire*. Donc l'inscription est nulle, à quelque époque qu'elle soit prise, après l'ouverture de la succession, par cela seul que, dans la suite, la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou qu'elle devient vacante.

Telle est aussi la manière dont M. Merlin entendait la disposition de cet article 2146. On ne pouvait appliquer cet article à la question qu'il discutait, parce qu'elle avait pris naissance à une époque antérieure à la promulgation du Code civil. « Mais, disait-il, cette difficulté n'en serait pas une, si nous devions nous en rapporter à la disposition de l'art. 2146 du Code civil. Suivant cet article, *les inscriptions ne produisent aucun effet*, non seulement lorsqu'elles *sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls*, mais encore lorsqu'elles ont été prises postérieurement à l'ouverture d'une succession *qui n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire*.... Ainsi, d'après l'esprit de cet article, il suffirait qu'on n'eût pris inscription que depuis l'ouverture de la succession, pour qu'elle dût rester sans effet; et il n'importerait qu'au moment où elle a été prise la succession ne fût pas encore répudiée; il n'importerait qu'à ce moment un curateur n'y fût pas encore établi : elle n'en aurait pas moins été annulée par le seul fait de la nomination subséquente d'un curateur à cette succession; elle n'en serait pas moins devenue caduque, *même dans le cas où le curateur à cette succession n'eût été nommé que vingt, trente ou quarante jours après.* »

M. Merlin, revenant encore, dans la suite, à la comparaison de l'ancienne jurisprudence à la disposition de l'art. 2146, et faisant toujours marcher d'un pas égal et la vacance et l'acceptation bénéficiaire, s'explique ainsi : « Voilà bien le même principe qui se retrouve dans l'art. 2146 du Code civil; et si ce principe était indistinctement vrai dans notre ancienne jurisprudence, il en résulte nécessairement que les inscriptions prises sur les biens d'un débiteur, après sa mort, devaient toujours demeurer sans effet lorsqu'elles étaient suivies, soit de la répudiation absolue de tous ses héritiers, soit de leur acceptation par bénéfice d'inventaire, *quelle que fût d'ailleurs l'époque de cette répudiation absolue et de cette acceptation.* »

J'ai vu citer l'arrêt du 4 thermidor an 12, comme ayant jugé que l'inscription devait avoir son effet, si, quoique faite après l'ouverture de la succession, elle l'avait été antérieurement aux dix jours qui précéderaient l'acceptation bénéficiaire de la succession; et que l'inscription ne devait être nulle qu'autant qu'elle ne précéderait pas les dix jours antérieurs à l'acceptation ou à la vacance. Mais cela n'a pu être dit que par l'effet d'une méprise. Il est bien vrai que le jugement contre lequel on s'était pourvu en cassation, avait annulé l'inscription, « parce qu'elle avait été faite dans les dix jours de la faillite du débiteur; qu'en effet, cette inscription a été prise le 8 pluviôse an 7, tandis que six jours après, c'est-à-dire, le 14 pluviôse, sa succession a été abandonnée, et sa faillite réputée ouverte, tant par la rénonciation de la veuve à la communauté, que par l'apposition des scellés qui a été faite ledit jour, et qui fut suivie de la convocation des créanciers et de la nomination du curateur. » Mais la Cour de cassation, en annulant l'inscription, ne se détermina pas par le motif qu'elle avait été prise dans l'intervalle de dix jours avant l'abandon de la succession. Il y est dit simplement : « Attendu, d'autre part, que lorsque Prévot a pris inscription le 7 pluviôse an 7, la décon-

fiture de la succession du débiteur était constante; que dans cet état, *aux termes de la jurisprudence ancienne, aucun créancier ne pouvait faire sa condition meilleure au préjudice des autres*, d'où il suit que le jugement attaqué, en déclarant nulle et sans effet l'inscription prise par Prévot dans cette circonstance, n'a violé aucune loi. » Dans l'esprit de la Cour de cassation, il ne pouvait être question de l'application de la loi de brumaire qui gardait le silence sur la difficulté, en sorte qu'elle devait être résolue d'après les anciens principes. Il ne pouvait être question non plus de l'art. 2146 du Code civil, puisque l'affaire qui était jugée avait pris naissance avant la promulgation de ce Code. L'inscription fut annulée par cela seul qu'il y avait eu abandon de la succession; et elle l'eût été quand elle aurait été prise antérieurement aux dix jours qui précédaient cet abandon. Cela résulte des conclusions de M. Merlin, si l'on rapproche de ces conclusions le dispositif de l'arrêt. Il pensa que le jugement attaqué n'avait violé aucune loi en prononçant la nullité de l'inscription, et qu'il avait au contraire bien jugé, *quoique par de mauvais motifs*.

Je dois ajouter qu'il serait difficile de croire que le législateur ait entendu que l'inscription serait nulle, si elle était prise dans les dix jours qui précéderaient l'acceptation de la succession par bénéfice d'inventaire, ou la vacance; et qu'elle serait valable si, quoique prise après l'ouverture de la succession, elle avait une date antérieure à ces dix jours. La raison en est que tout créancier qui voudrait s'écarter des règles de la délicatesse, pourrait, à son gré, se donner une inscription antérieure à ces dix jours. Il y parviendrait en engageant l'héritier par des voies intéressées, ou autrement, à retarder soit l'acceptation bénéficiaire, soit la renonciation à la succession jusqu'à l'expiration de dix jours, à partir de l'inscription. Car, tant qu'il n'y a point d'adition d'hérédité, et que les choses sont entières, il est indifférent, dans l'intérêt de l'héritier, qu'il tarde plus ou moins à accepter sous bénéfice d'inventaire, ou à répudier; au lieu qu'il n'en est pas de même pour le cas de la faillite. On ne peut pas faire avancer ou retarder une faillite à son gré.

Enfin, la règle que l'inscription serait sans effet, étant prise après l'ouverture de la succession, soit avant, soit après les dix jours qui précéderaient l'acceptation bénéficiaire ou la vacance, se concilie avec les principes de la matière. Écoutons là-dessus ce que disait M. Merlin dans le même discours: « A la vérité, par la règle *le mort saisit le vif*, l'héritier acquiert de plein droit la propriété et la possession de tous les biens du défunt; mais il faut pour cela qu'il le veuille, et qu'il en manifeste la volonté par une déclaration expresse, ou par le fait; car *nul n'est héritier qui ne veut*. Et si, au lieu d'accepter la succession à laquelle il est appelé, il la répudie, les effets de la répudiation se reportent au moment même du décès; il est censé n'avoir jamais été saisi de rien; et la succession est considérée comme vacante, et abandonnée *dès le premier instant de son ouverture*. Par la même raison, s'il accepte sous bénéfice d'inventaire, cette acceptation rétroagit *jusqu'à l'ouverture de l'hérédité*; et c'est comme héritier bénéficiaire qu'il est réputé avoir recueilli les biens *dès le principe*. Ainsi, dans l'un et l'autre cas, la succession est censée avoir été en déconfiture *du moment où elle a été ouverte*. Dans l'un et l'autre cas, toute acquisition d'hypothèque est devenue impossible à compter de ce moment. Dans l'un et l'autre cas, il est indifférent qu'une hypothèque ait été prise *avant ou dans les dix jours* qui ont précédé, soit la répudiation, soit l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. »

121. Mais on doit appliquer au cas de la succession bénéficiaire ou vacante, la même exception que celle que j'ai déjà expliquée pour le cas de la faillite, relativement aux créanciers qui avaient une hypothèque antérieure à la promulgation de la loi de brumaire; il y a les mêmes raisons de se décider. C'est ce qui a été

jugé, pour ce cas particulier, par trois arrêts de la Cour de cassation. Le premier est du 17 décembre 1807; le second du 5 septembre 1810, et le troisième du 4 juillet 1815 [1]. Ce dernier arrêt est d'autant plus important qu'il a jugé la question dans la circonstance d'une succession vacante avant la loi de brumaire, sur laquelle il avait été pris des inscriptions sous l'empire du Code civil, en 1813 et 1814. Cette décision confirme ce que j'ai dit dans le nº précédent, qu'il n'y avait pas de différence à faire entre la vacance d'uue succession et son acceptation par bénéfice d'inventaire. Il faut cependant remarquer que, quand l'inscription est prise après le délai prescrit pour l'inscription des anciennes hypothèques, par la loi de brumaire et par les lois postérieures qui l'ont prolongé, et par conséquent sous le Code civil, elle ne confère hypothèque qu'à compter de sa date. On rentre alors dans les règles générales, concernant toutes inscriptions quelconques, abstraction faite des cas de faillite, de succession bénéficiaire ou vacante. C'est encore ce qui résulte du dispositif de cet arrêt du 4 juillet 1815.

122. M. Persil, *Régime hypot.*, sur l'art 2146, nº 13, agite la question de savoir si les principes que je viens d'exposer doivent s'appliquer ou non aux successions échues aux mineurs, dès qu'elles ne peuvent être acceptées que sous bénéfice d'inventaire. Il se décide pour l'affirmative, et voici ses motifs : « Il paraît sans doute y avoir des raisons puissantes pour proposer des modifications : mais la loi est là; elle ne distingue pas, nous ne pouvons pas distinguer plus qu'elle. Le législateur savait que les mineurs ne pouvaient jamais accepter que sous bénéfice d'inventaire; et s'il n'a pas fait d'exception en faveur des créanciers de ceux-ci, c'est qu'il a voulu les traiter comme les autres. »

Cet estimable auteur a parfaitement senti la difficulté; mais je ne saurais partager son avis. Il a vu des doutes; et, à mon sens, il a été trop timide sur la solution de la question. Je pense que les principes dont il s'agit ne peuvent s'appliquer à une succession qui serait acceptée par un mineur, ou plutôt pour lui, ce qui ne peut se faire que sous bénéfice d'inventaire. Lorsque le législateur a dit dans l'art. 2146 du Code, *et dans le cas où la succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire,* il me paraît évident qu'il n'a eu en vue que le cas des acceptations faites par des majeurs, sous ce titre de bénéfice d'inventaire. Quelle en est la raison? C'est que dans ce cas, l'insolvabilité de la succession se présume. Cette présomption se tire de la précaution prudente que prend un majeur, contre l'ordre ordinaire des choses, d'éviter la confusion de ses biens avec ceux du défunt, et d'éloigner de lui l'obligation de payer les dettes *ultrà vires*. Ce majeur agit volontairement; mais ce motif de la loi est étranger à une succession dévolue à un mineur. La loi établit, art. 461, uniquement à raison de l'état de minorité, la nécessité d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire; ou, pour mieux dire, elle donne à toute acceptation de succession de la part d'un mineur, le caractère d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Ce caractère est indépendant de la volonté du mineur. Il faut d'ailleurs faire attention au résultat de l'art. 461. Il y est dit : « Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille : l'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire. » Si le tuteur n'est pas autorisé à répudier, l'acceptation en devient une conséquence; et de là il résulte, quoique l'acceptation doive avoir lieu sous bénéfice d'inventaire, une exclusion de l'idée que la succession soit en état d'insolvabilité ou de déconfiture. Or, c'est seulement de cet état que naît le principe de la nullité de l'inscription.

On peut dire encore que, malgré la disposition de l'art. 461 du Code civil, qui au fond est très sage, ce qui concerne l'acceptation des successions échues aux mi-

[1] Recueil de Denevers, an 1808, pag. 6, au suppl.; an 1810, pag. 512; an 1815, pag. 539

neurs, ne diffère pas essentiellement de ce qui existait sous l'ancienne législation. L'autorisation du conseil de famille était nécessaire pour que le tuteur pût répudier une succession. Mais, quand ce n'était pas le cas de la répudiation, la succession était acceptée par le mineur, ou pour lui, comme le faisaient les majeurs. Cependant le mineur pouvait toujours revenir contre l'acceptation, même contre celle qui lui aurait été personnelle, dans les dix ans à compter de sa majorité; ce qui, quant au résultat, revenait à l'état actuel des choses. Le mineur pouvait toujours se jouer de sa qualité; et, néanmoins, on n'appliquait pas aux successions qu'il recueillait, le principe relatif aux successions échues aux majeurs, qu'ils n'acceptaient que sous bénéfice d'inventaire. On ne peut donc motiver un changement sous la législation actuelle.

Au surplus, la difficulté mérite de fixer l'attention du législateur, si la loi est revisée. On ne doit pas mettre des entraves inutiles à la conservation des hypothèques, et en multiplier les déchéances.

123. C'est une question importante et qui mérite d'être examinée, que celle de savoir si les lois relatives aux faillites, quant à la validité ou nullité de l'inscription, sont appliquables à l'état d'insolvabilité dans lequel on prétendrait que serait tombé un débiteur non commerçant; état qui a toujours été connu sous le nom de *déconfiture*. Il y avait déconfiture, d'après ce qui est dit dans l'art. 180 de la Coutume de Paris, et dans l'art. 449 de la Coutume d'Orléans, qui y est conforme, lorsque les biens tant meubles qu'immeubles du débiteur ne suffisaient pas aux créanciers apparens. Alors, en cas de saisie des meubles, le créancier saisissant n'avait aucune préférence sur les autres créanciers, contre la règle générale. Ils venaient tous par contribution, au sou la livre, sur les biens meubles du débiteur. Il y avait bien aussi contribution sur les immeubles, mais ce ne pouvait être que dans le cas où tous les créanciers eussent été chirographaires; parce que les hypothèques et les privilèges étaient toujours conservés. Ainsi, la *déconfiture* ne signifiait autre chose que *l'insolvabilité;* mais cet état de déconfiture ou d'insolvabilité n'était pas toujours reconnu et avéré. Souvent il était seulement soupçonné; et ce qui le prouve, ce sont les termes *créanciers apparens* dans lesquels s'exprimaient les Coutumes de Paris et d'Orléans, qui faisaient le droit commun de la France, excepté dans les pays où il y avait des lois et des coutumes contraires : il y était dit que, s'il s'élevait entre les créanciers *apparens* des contestations sur la suffisance ou insuffisance des biens, les premiers en diligence devaient cependant avoir les deniers des meubles par eux arrêtés ou exécutés, en baillant par eux caution de les représenter, *en cas que les biens du débiteur ne fussent pas suffisans.* Pothier, sur l'art. 447 de la Coutume d'Orléans, note 5, explique les motifs de cette législation. Elle avait pour but, disait-il, d'éviter les fraudes et collusions : un débiteur déconfit, à qui la loi ne permet pas de favoriser, en ce cas, un de ses créanciers plus que les autres, pourrait avertir le créancier qu'il voudrait favoriser, de saisir ses effets. Pour éviter cette collusion, la Coutume refuse la préférence au premier saisissant, dans le cas de la déconfiture.

Mais voit-on dans tout cela une marque caractéristique que pût avoir cet état de déconfiture ou d'insolvabilité, d'après laquelle on n'eût point pu recevoir une hypothèque par titre sur les immeubles d'un partieulier? On n'aperçoit rien dans l'ancienne législation qui pût servir, à ce sujet, de guide sûr. Il y a donc lieu de penser qu'un simple état, tel que celui auquel, sous cette ancienne législation, on avait donné le nom de *déconfiture*, ne rendait pas une hypothèque nulle, au moins de droit. Un particulier peut être insolvable; on peut ignorer cet état d'insolvabilité, lui prêter de bonne foi, et prendre de même une inscription sur ses immeubles. Il y a une grande différence entre un négociant ou marchand et un particulier qui ne l'est pas. Le négociant a un caractère d'homme public : le crédit est l'ame de son commerce; l'exercice

de son état est l'objet d'une surveillance particulière de la loi sous plusieurs rapports. Le maintien ou l'affaiblissement de ce crédit sont épiés, et peuvent être reconnus sous plusieurs signes qui sont étrangers à tout particulier qui n'est ni commerçant ni négociant. Celui qui prêterait, ou prendrait inscription sur le négociant ou marchand, dans les dix jours qui précéderaient la faillite, est présumé avoir prévu l'évènement. Or, on ne peut faire les mêmes suppositions à l'égard des créanciers de tout particulier étranger au négoce ou au commerce.

Aussi, cette idée de nullité d'inscription, à raison d'un simple état d'insolvabilité plus ou moins établi, ne peut résulter d'aucun article de notre législation. Il était dit dans l'art. 11 de la loi du 9 messidor an 3, que les jugemens rendus dans les dix jours antérieurs à la *faillite, banqueroute* ou cessation de paiemens d'nn *commerçant*, ne sont point susceptibles d'hypothèque. L'art. 5 de la loi de brumaire fut ainsi conçu : « L'inscription qui serait faite dans les dix jours avant la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiemens *d'un débiteur*, ne confère point hypothèque. » La substitution de ces mots, *d'un débiteur*, à ceux-ci, *d'un commerçant*, qui se trouvaient dans l'article 11 de la loi du 9 messidor an 3, a pu faire soupçonner que la loi de brumaire se rapportait à tout débiteur quelconque, commerçant ou non; ce qui aurait pu donner l'idée de la *déconfiture* ou simple insolvabilité vraie ou présumée. Mais cette conséquence n'eût pas été fondée, parce que toujours est-il vrai que cet article 5 était conçu dans l'idée de *faillite, banqueroute ou cessation de paiemens;* et il y a là des caractères propres que ne peut avoir la déconfiture. Enfin, l'art. 2146 du Code civil parle clairement de faillites et de succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. Les art. 442 et suivans du Code de commerce ont en vue la faillite; et une faillite a, suivant la même loi, un caractère légal par la déclaration de l'époque où elle est ouverte. Il y a plus : il n'y a de faillite proprement dite que pour un commerçant, d'après l'art. 437. Il est donc vrai de dire que la législation ne peut s'appliquer qu'à une faillite proprement dite, ou à une succession bénéficiaire ou vacante. Ce sont les seuls cas désignés par la loi; en sorte que, si on voulait appliquer les dispositions législatives que je viens d'indiquer, à l'état qu'on désignait anciennement par la dénomination de *déconfiture*, on se trouverait sans bases fixes; et certainement on ne peut créer des nullités qui sont assimilées à des dispositions pénales, lorsqu'elles ne sont pas établies par la loi.

Il est parlé, à la vérité, de la *déconfiture*, dans les art. 1276, 1446, 1865, 1913 et 2032 du Code civil; mais, en se pénétrant des dispositions de ces articles et de leur objet, on est convaincu que le législateur n'a pas entendu confondre la faillite et la déconfiture; que la faillite reste toujours avec ses règles particulières, et que, dans l'esprit de ces articles, l'état de *déconfiture* n'est autre chose que l'état d'*insolvabilité*. Ce dernier état devait nécessairement être pris en considération par le législateur dans quelques circonstances, parce qu'il n'appelle que trop souvent des fraudes de la part d'un débiteur, soit pour frustrer tous ses créanciers quelconques, soit pour en favoriser quelques-uns au préjudice des autres; et parce qu'encore cet état, quand on le soupçonnait, devait autoriser certaines poursuites, de la part des créanciers, pour la conservation de leurs droits. Mais le législateur n'a déterminé aucune règle de laquelle on puisse induire la nullité des hypothèques conférées, ou des inscriptions prises avant qu'il y ait une insolvabilité évidente et incontestable.

D'ailleurs, si l'on devait assimiler l'état de *déconfiture* de tout particulier non commerçant à celui de *faillite*, qui ne peut s'appliquer qu'au commerçant, il faudrait en conclure que toutes ventes, quittances ou hypothèques consenties par celui, qui sans être commerçant tomberait en *déconfiture*, dans les dix jours antérieurs à l'époque où cet état de déconfiture serait constaté, seraient nulles comme celles qui

seraient faites par le failli dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite. Mais il serait bien difficile d'aller jusque-là, dès qu'aucune loi ne prononce cette nullité dans ce cas. On sait que, surtout en matière de nullités, il ne doit pas se faire d'extension d'un cas à un autre. Ce principe doit encore être rigoureusement suivi, lorsqu'il s'agit d'exceptions. Les dispositions réglées par la loi pour le cas de la faillite, peuvent être regardées comme des exceptions aux règles générales; et l'on sait que l'exception doit toujours être bornée au cas pour lequel elle est établie.

Je connais trois arrêts de Cours d'appel, rendus sur la question de savoir si les règles relatives à la faillite devaient s'appliquer à l'insolvabilité ou déconfiture de tout débiteur quelconque, commerçant ou non. Le premier est du 17 février 1810, rendu par la Cour de Bruxelles; le deuxième, du 23 mars 1811, rendu par la même Cour; le troisième, du 24 mars 1812, rendu par la Cour de Rennes. Mais dans les deux premiers, il est impossible de voir une application sûre des principes concernant les faillites et l'état de déconfiture, quoiqu'on y voie une tendance à établir une similitude entre ces deux cas. Les décisions portées par ces deux arrêts, sont néanmoins très justes; mais ce ne peut être que par la considération des circonstances, abstraction faite du plus ou moins de défaut de justesse de l'application des principes d'un cas à un autre. Quant à l'arrêt de la Cour de Rennes, il mérite une attention toute particulière. On y voit une exposition exacte des principes sur cette matière. La faillite et la déconfiture y sont très bien distinguées; et s'il doit y avoir lieu à la nullité des actes dans le cas de la déconfiture, ce n'est pas par les mêmes principes, ni de la même manière, que la nullité doit être prononcée pour le cas de la faillite.

Mais ce qui doit fixer les idées à cet égard, c'est un arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 1812. Dans l'espèce de cet arrêt, un créancier attaquait de nullité une vente d'immeubles faite par son débiteur, qui n'était ni marchand, ni banquier. Il se fondait sur ce qu'à l'époque où cette vente avait été faite, le vendeur était en état de déconfiture, et par conséquent incapable d'aliéner ses biens, suivant les lois relatives aux faillites. Le créancier avait succombé à la Cour de Nanci; et le pourvoi contre l'arrêt de cette Cour fut rejeté par celle de cassation. « Attendu, porte l'arrêt, qu'en déclarant que les lois concernant les faillites n'étaient pas applicables à N....... qui n'était ni marchand, ni négociant, ni banquier, l'arrêt n'a pu violer ces lois *qui ne règlent pas* les engagemens contractés par des particuliers non marchands [1].

Ainsi, tous les actes qu'on attaque de nullité pour cause de l'état de déconfiture ou d'insolvabilité, rentrent dans le droit commun, d'après lequel tout ce qui est fait en fraude des créanciers est nul; et le caractère de la fraude est nécessairement soumis aux circonstances. Mais on ne peut pas dire qu'une inscription prise dans les dix jours antérieurs à l'état de déconfiture évidemment reconnu, soit nulle de droit.

124. Venons au cas d'une cession de biens, soit volontaire, soit judiciaire, de la part d'un débiteur obéré. Relativement à cette question, il faut distinguer le négociant ou commerçant, du particulier qui ne l'est pas. Quant au négociant ou commerçant, une cession volontaire et acceptée, comme celle qui serait demandée en justice, a un caractère de faillite; et dès lors on doit lui appliquer toutes les règles relatives aux faillites. Mais il n'en est pas de même du simple particulier de qui la cession de biens serait acceptée, ou qui demanderait à y être reçu judiciairement. L'une ou l'autre de ces deux circonstances prouve bien le dérangement de ses affaires; elle est ordinairement une preuve d'insolvabilité; mais il ne s'ensuit pas qu'il doive être traité comme un négociant ou marchand constitué en état de faillite, et qu'une inscription, prise sur

1 Sur les quatre arrêts que je viens de citer, voyez Sirey, an 1810, part. 2, pag. 235; Denevers, an 1812, pag 624, et pag. 54, suppl.; et an 1813, pag. 3, suppl.

lui dans les dix jours avant la cession, soit nulle de droit. Ceci rentre dans ce que je viens de dire sur le cas de déconfiture ou d'insolvabilité. L'état des affaires de ce particulier non commerçant peut être inconnu. On peut être de bonne foi en prenant hypothèque ou inscription, même dans ces dix jours. La loi n'établit pas, dans ce cas, une fraude présumée de droit, et qui donne lieu, *de plano*, à la nullité de l'inscription prise à cette époque. Le Code civil contient un titre sur la *cession de biens;* il parle ailleurs de la faillite. Le Code de commerce contient encore un titre sur la *cession de biens;* et nulle part le législateur n'a assimilé, au moins sous le rapport dont il s'agit, le particulier qui n'est ni négociant, ni commerçant, à celui qui exerce cet état, et qui devient failli.

On pourrait opposer à ce que je viens de dire, que le Code de commerce, au liv. 3, tit. 2, *de la cession de biens*, donne la qualité de *failli* à celui qui fait ou qui demande cette cession. Mais ce n'est pas une raison pour en conclure que tout cessionnaire doive être considéré comme proprement *failli*, dans le sens que l'article 2146 du Code civil et l'art. 443 du Code de commerce attachent à cette dénomination. Si on se pénètre de la législation, on est convaincu que la désignation de *failli*, que celle de *banqueroutier,* ne conviennent qu'aux négocians ou commerçans. « Sera poursuivi comme *banqueroutier simple*, est-il dit dans l'article 586 du Code de commerce, et pourra être déclaré tel, le *commerçant failli* qui se trouvera dans l'un ou plusieurs des cas suivans, etc. » On lit dans l'art. 593: « Sera déclaré banqueroutier frauduleux *tout commerçant failli* qui se trouvera, etc. » Les dispositions de ces articles et de ceux qui les suivent, sont aussi de nature à ne pouvoir concerner que les négocians ou marchands qui tombent en état de faillite. Il faut faire attention que le commerçant *failli* peut être admis à la cession de biens comme le particulier qui ne l'est pas : celui-ci peut avoir contracté des dettes qui emportent la contrainte par corps; telles par exemple, qu'un médecin qui aurait souscrit des lettres de change, et ce sera principalement pour se dégager de cette contrainte par corps qu'il demandera à être admis au bénéfice de la cession de biens; mais il n'a point pour cela la qualité ni le carractère de *commerçant failli*. Il faut, en un mot, s'attacher à l'article 437 du Code de commerce, qui porte : « Tout *commerçant failli*, qui cesse ses paiemens, est en état de faillite. » Cet article régit toutes les dispositions du liv. 3, *des faillites et des banqueroutes;* et en rapprochant cet article et ses dispositions de l'art. 2146 du Code civil, on est convaincu que cet article s'applique uniquement, ainsi que l'art. 443 du Code de commerce, aux *commerçans faillis*, et non à tous autres, quoique admis au bénéfice de la cession de biens. Ce qui achève de le prouver, c'est que l'art. 2146 a pris pour base de la nullité des inscriptions, le cas où *elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls*. Le législateur, en prononçant cette nullité, n'a eu dans la pensée qu'un *négociant ou marchand failli*.

Je crois donc qu'il serait difficile de regarder comme nulle de droit, une inscription prise contre un débiteur qui fait cession de biens, dans les dix jours qui précèdent cette cession. Je pense que, comme en matière de déconfiture, le sort des inscriptions prises avant la cession, ou avant la demande tendante à y être admis, doit dépendre des principes généraux en matière de fraude, dont l'application est soumise aux circonstances.

125. Lorsque j'ai dit, plus haut, que les inscriptions prises dans les dix jours de la faillite étaient nulles, ainsi que celles prises après l'ouverture d'une cession, quand elle n'était acceptée ensuite que sous bénéfice d'inventaire, ou qu'elle devenait vacante, je ne me suis expliqué que relativement aux hypothèques ordinaires. Mais en est-il de même à l'égard des priviléges et des hypothèques légales pour lesquels il aurait été pris des inscriptions

dans les mêmes circonstances? Cette question est importante : elle présente des difficultés sérieuses, en sorte qu'elle demande d'être examinée.

L'art. 2146 du Code civil comprend, dans la même nullité, *le privilége ou hypothèque* pour lequel les inscriptions auront été prises. L'art. 443 du Code de commerce porte : « Nul ne peut acquérir *privilége* ni *hypothèque* sur les biens du failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. » En prenant ces articles dans un sens absolu, il faudrait conclure que les principes qui y sont consignés s'appliquent à tous les priviléges, comme à toutes les hypothèques indistinctement. Mais cette conclusion résisterait à d'autres principes établis dans la législation sur cette matière; et il devient indispensable de les concilier avec les dispositions de ces deux articles de loi. Je m'expliquerai d'abord sur ce qui concerne les priviléges, et ensuite sur ce qui regarde les hypothèques légales.

Par rapport aux priviléges, il y en a qui sont conservés sans inscription; il y en a d'autres qui sont soumis à une inscription qui doit être prise dans un délai plus ou moins long. Or, en ce qui concerne les priviléges affranchis de la formalité de l'inscription, il est de toute évidence que les créanciers auxquels ils appartiennent, peuvent se présenter, avec le même avantage, après l'ouverture de la faillite comme auparavant.

Relativement aux priviléges soumis à la formalité de l'inscription, il faut distinguer : ou au moment de l'ouverture de la faillite ou de l'ouverture de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou qui est devenue vacante, le créancier était encore dans le délai qui lui était accordé pour prendre son inscription, ou ce délai était expiré. Au premier cas, il est sans difficulté que le créancier peut exercer son privilége à la date à laquelle il remonte d'après la loi, parce que jusqu'à l'expiration du délai dans lequel l'inscription pouvait être faite, le privilége a subsisté tel que la loi l'avait créé. Au second cas, le privilége n'a pu être conservé en remontant à la date du fait auquel la loi l'a appliqué; il ne peut prendre rang que comme hypothèque du jour de l'inscription. La raison en est qu'aux termes de l'art. 2113, l'expiration du délai, sans inscription prise, a fait dégénérer le privilége en simple hypothèque sur la chose sur laquelle le privilége frappait. L'inscription n'a pu alors avoir pour objet qu'une hypothèque; et cette hypothèque rentre dans les principes relatifs à toutes les hypothèques en général, pour le cas de l'ouverture de la faillite, et pour celui de l'ouverture de la succession qui est ensuite acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou qui devient vacante. L'hypothèque continue bien d'être légale en ce sens qu'elle existe comme auparavant, sans stipulation et sans jugement de condamnation; mais sous le rapport des droits qui y sont attachés, cette hypothèque est assujettie au droit commun.

En suivant les distinctions que je viens de faire, l'inscription, pour les priviléges établis par les articles 2109 et 2111 du Code civil, qui n'aurait pas été faite dans le délai fixé par la loi, et qui ne le serait qu'aux époques dont il s'agit, aurait le sort de toutes autres inscriptions d'hypothèques ordinaires faites aux mêmes époques [1]. Il en serait de même du privilége énoncé dans l'art. 5 de la loi du 5 septembre 1807, relative aux droits du trésor public sur les biens des comptables, lequel est déclaré commun au trésor de la couronne, par un avis du Conseil d'état, du 25 février 1808. On devrait enfin considérer du même œil celui énoncé dans l'art. 3 de la loi du même jour 5 septembre, relative au mode de recouvrement des frais de justice au profit du trésor public, en matière criminelle, correctionnelle et de police.

Mais le principe de déchéance ou de réduction de l'effet de l'inscription de

[1] Sur le privilége énoncé dans l'art. 2103 du Code civil, qui est celui des soultes et retours de lots entre cohéritiers et copartageans, voyez ce que j'ai dit, *Traité des donations*, tom. 1er, *pag.* 672 *et* 673, 2e *édit.*

privilége, dans les cas dont il est question, ne peut concerner ni le privilége des créances énoncées dans l'art. 2101 du Code civil, puisque ce privilége est affranchi d'inscription par l'art. 2107, ni celui qui est établi dans l'art. 2110, qui concerne les architectes, entrepreneurs, maçons, etc. Il y est bien dit qu'ils conserveront leur privilége à la date de l'inscription du procès verbal qui constate l'état des lieux; mais il n'y a pas un délai prescrit par la loi dans lequel cette inscription doive être faite, sous peine de conversion du privilége en simple hypothèque. On comprend que je parle de constructions qui auraient été faites avant une faillite que les constructeurs ne prévoyaient pas, et qui, par cette raison, ne sauraient être victimes d'un défaut d'inscription antérieure à l'ouverture de la faillite, ou même aux dix jours qui l'auraient précédée. Leurs constructions sont un fait matériel qui assure leur créance avec son privilége. Je ne m'explique pas sur des constructions qui seraient faites en vertu d'un marché arrêté après l'ouverture de la faillite ou dans les dix jours précédens, parce que ce fait ne peut se présumer. On sent qu'il n'y a point non plus de déchéance par le défaut d'inscription contre le privilége du vendeur et du prêteur, qui est établi par l'article 2108, puisqu'il n'y a point de délai fixé pour l'inscription.

C'est ce défaut de fixation de délai, qu'on remarque, soit dans la loi de brumaire, soit dans le Code civil, qui a donné lieu à tant d'extension au mode de conservation du privilége du vendeur, dont je parle dans la section IIIe du chapitre Ier de la seconde partie. L'inscription ne constitue point le privilége, comme elle constitue l'hypothèque, elle ne lui donne point rang du jour qu'elle est prise, comme elle le fait à l'égard de l'hypothèque; le privilége existe par la nature seule de la créance, et l'inscription n'est qu'une formalité *pour lui donner effet, et non pour le créer*. Il est donc évident que le créancier qui prend une inscription pour un pareil objet, ne fait que remplir une formalité pour *conserver* un droit, et non pour en *acquérir* un [1]. D'ailleurs, comment pourrait-on annuler une inscription prise pour la conservation du privilége du prix d'une vente, par la raison que, par événement, d'après la fixation de l'époque de l'ouverture d'une faillite, cette inscription aurait été prise dans les dix jours qui l'auraient précédée, puisque, ainsi que je le dirai dans la suite, le vendeur qui n'aurait pris aucune mesure pour la conservation de son privilége sur le prix, pourrait, d'après la jurisprudence qui s'est établie, demander, à défaut de paiement du prix, la résolution de la vente et la revendication de l'immeuble vendu?

Cependant, l'arrêt du 16 juillet 1818 que j'ai remarqué en note, paraît avoir jugé que l'inscription prise pour un privilége de vente, dans les dix jours avant l'ouverture de la faillite, devait être nulle, d'après l'art. 2146 du Code. Mais cet arrêt ne doit pas être considéré comme faisant jurisprudence sur ce point. Les circonstances ont nécessairement influé sur la décision. En effet, le créancier, pour faciliter des emprunts aux débiteurs, avait consenti à la radiation d'une inscription ancienne, prise en l'an 13. Ensuite, en jugeant qu'une nouvelle inscription était nulle, on décida en même temps qu'il était non redevable à demander la résolution de la vente, parce qu'il était réputé avoir renoncé à ce droit, pour avoir assisté à la vente par expropriation forcée, et qu'il s'était présenté à l'ordre pour être colloqué sur le prix; en sorte qu'il paraîtrait que ce créancier aurait été privé de tout droit quelconque. Il serait inutile de faire des observations sur cette décision en elle même; il me suffit de pouvoir dire que l'arrêt ne juge point la question en thèse.

---

1 Je dois dire que j'emprunte ici les expressions qu'on trouve dans une discussion qui a precédé un arrêt de la Cour de cassation, section des requêtes, du 16 juillet 1818, *Denevers*, an 1818, *pag.* 598, parce que les idées en sont parfaitement exactes. Je les développe plus particulièrement au lieu que je viens d'indiquer.

J'observe néamoins qu'il serait à propos que les priviléges qui devaient être inscrits dans un délai fixé par la loi, mais qui ne serait pas expiré aux époques mentionnées dans l'art. 2146, le fussent toujours avant l'expiration de ce délai, quoique postérieurement à ces époques.

126. Je viens aux hypothèques légales. Il faut encore distinguer entre ces hypothèques celles qui sont affranchies de l'inscription, et celles qui sont soumises à cette formalité.

Quant aux premières, elles peuvent être exercées, abstraction faite de tout ce qui tient à l'ouverture de la faillite. Ce n'est pas l'inscription qui leur donne l'existence ou l'efficacité; elles existent dans tous leurs effets, avec toute latitude, indépendamment de la formalité de l'inscription, en remontant aux faits auxquels la loi les applique. L'inscription n'est pas nécessaire pour leur donner un rang. Si on prend cette inscription, c'est parce qu'il arrive des circonstances où on doit les faire connaître. Cela est même nécessaire, lorsqu'il s'agit de venir à un ordre sur les biens du débiteur.

Mais par rapport aux hypothèques qui, quoique légales, sont soumises à l'inscription, et pour lesquelles il n'y a aucun délai accordé dans lequel l'inscription doive être prise, il résulte de tout ce qui a déjà été dit, que l'hypothèque ne prenant rang que du jour de l'inscription, ce rang ne s'établit qu'autant que cette inscription est prise en temps utile, comme toutes les inscriptions en général. La légalité de ces hypothèques ne leur attribue d'autre avantage que celui d'exister, par la force de la loi, sans stipulation, sans jugement de condamnation, et de porter, par l'effet de la généralité, sur tous les biens présens et à venir : mais, étant soumises à la publicité par l'inscription, et la loi ne leur donnant rang que du jour de cette inscription, elles tombent, par cela seul, dans la règle des hypothèques en général.

127. L'art. 499 du Code de commerce impose aux agens et aux syndics nommés aux faillites, de requérir l'inscription aux hypothèques sur les immeubles des débiteurs du failli, si elle n'a pas été requise par ce dernier, et s'il a des titres hypothécaires. L'art. 500 dit qu'ils seront tenus de prendre inscription au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du failli, dont ils connaîtront l'existence. Chacun de ces articles règle des formes particulières pour ces inscriptions.

Les dispositions de ces deux articles sont infiniment sages : le premier article a pour but de conserver les hypothèques qui pourraient appartenir au failli, et qui pourraient être purgées à son préjudice, à défaut d'actes conservatoires qu'on ne doit pas attendre d'un homme en faillite. L'objet du second est de conserver à la masse entière des créanciers, les créances que chacun d'eux pourrait ignorer. Les agens et syndics étant réputés s'être procuré des renseignemens propres à ce sujet, d'après les premières notions qu'ils sont obligés de se former sur l'état des affaires du failli, et sur la connaissance des titres, devaient naturellement être chargés de ces inscriptions. L'art 500 a encore un autre objet important. Le failli peut avoir des propriétés éloignées de son domicile; son état de faillite pourrait être inconnu, et des tiers pourraient être victimes de leur bonne foi, en traitant avec le failli. Cependant, la nature de toutes les hypothèques individuelles ne change pas; tout se confond dans la masse. Les effets opérés sur la fixation des créances, par l'ouverture de la faillite, restent toujours. Aussi, d'après le sens dans lequel cet article doit être entendu, un arrêt de la Cour royle de Dijon, du 26 février 1819, et un autre de la Cour royale de Limoges, du 26 juin 1820, ont jugé qu'une inscription prise par des syndics d'une faillite, en vertu de ce même article, n'opérait pas le renouvellement de l'inscription d'un des créanciers, qui devait se faire avant les dix ans de sa date; que ce créancier aurait dû lui-même renouveler son inscription. On remarque ce passage du jugement du tribunal civil de Limoges qui fut confirmé par l'arrêt : « L'inscription prise en vertu de l'art.

500 du Code de commerce, n'a d'autre objet que de rendre plus notoire l'état de la faillite, et d'empêcher que les immeubles puissent être vendus à l'insu et au préjudice de la masse; mais elle ne conserve à chaque créancier que *les droits qu'en définitif il peut avoir*, sans qu'il en résulte aucune préférence. Ainsi, cette inscription n'a pour objet ni de conférer une hypothèque déjà acquise et non inscrite avant la faillite, ni de proroger le délai de dix ans, lorsque l'hypothèque inscrite n'a pas été renouvelée à temps.» Les mêmes idées résultent de l'arrêt de la Cour royale de Dijon. Ces deux arrêts sont dans le Recueil du continuateur de Denevers, *an* 1821, *pag.* 69, *suppl.* On peut voir, sur le sens de cet art. 500, le Cours de droit commercial de M. Pardessus, *tome* 3, *pag.* 280, et l'Esprit du Code de commerce par M. Locré, sur cet art. 500.

J'observe que presque toutes les législations hypothécaires présentent l'exemple de semblables mesures. Il était dit dans l'art. 18 de l'édit de 1771 : « Les syndics et directeurs de créanciers unis pourront s'opposer audit nom ; et, par cette opposition, ils conserveront les droits de tous lesdits créanciers. » Cet article était conforme à l'art. 2 de l'édit de février 1683, portant réglement pour la vente des offices et distribution du prix, et à l'art. 2 de la déclaration du 17 juin 1703, relative à la même matière. Les auteurs apprennent encore que ces mesures avaient pour motif d'éviter les frais des oppositions multipliées qui auraient été formées sous le nom de chaque créancier, ce qu'on peut appliquer aujourd'hui aux inscriptions.

128. Il y a, sur cette matière, un principe important duquel découle un grand nombre de conséquences qui s'appliquent à plusieurs parties de la législation, et, dès lors, il mérite une grande attention. Ce principe est que les créanciers du défunt, qui sont simplement chirographaires, ne peuvent obtenir des hypothèques sur les biens de la succession, au préjudice des autres créanciers chirographaires. Plusieurs auteurs ont développé les fondemens de cette proposition ; je me contente de citer Lebrun, qui a traité particulièrement cette matière, *Traité des successions*, *liv.* 4, *chap.* 2, *sect.* 1re, *nos* 12 *et suiv.* En parlant de la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier, qui est accordée aux créanciers du défunt contre ceux de l'héritier, et en examinant la question de savoir si cette séparation appartient réciproquement aux créanciers de la succession et à ceux de l'héritier, cet auteur est obligé d'invoquer le principe que je viens d'indiquer. « Dans le droit romain, dit-il, les seuls créanciers du défunt pouvaient demander cette séparation, qui leur était accordée sur ce fondement, que la mort fixe l'état des biens et des dettes d'un homme; c'est pourquoi aussi, *dans notre droit*, ceux qui sont simples créanciers *chirographaires*, lors de la mort de leur débiteur, ne peuvent jamais devenir créanciers *hypothécaires de sa succession*, mais seulement de son héritier. » Il y revient au n° 16 : « Car, comme il vient d'être touché, l'état des affaires du défunt étant réglé par sa mort, et étant assez à propos de dire que, de ce moment, *ses biens ni ses dettes ne peuvent plus augmenter ni diminuer*, ce serait injustement que, malgré ses créanciers, l'héritier confondrait le tout, en s'immisçant dans les biens, sans compte ni mesure; et voilà ce que l'on permet aux créanciers du défunt d'empêcher, en demandant, en temps et lieu, la séparation des biens. »

Il s'agit là, à la vérité, de la séparation des patrimoines entre les créanciers du défunt et ceux de l'héritier, pour éviter les suites de la confusion qui s'opérerait par l'adition d'hérédité de la part de l'héritier. Mais on sent que, par le résultat du même principe, les droits respectifs entre les créanciers du défunt, doivent rester tels qu'ils étaient sur ses biens, à l'époque du décès du débiteur; autrement, le plus adroit des créanciers chirographaires du défunt, celui qui, à raison de son habitation, saurait la mort plutôt que des créanciers éloignés, deviendrait créancier hypothécaire sur les biens de la suc-

cession, en obtenant des condamnations, ce qui est contraire à la bonne foi qui doit régner dans la fixation des droits sur les propriétés, et dans l'obtention des jugemens.

Denisart, qui apporte ordinairement beaucoup de justesse d'esprit et de lucidité dans ce qu'il a écrit sur la jurisprudence, confirme ce principe, au mot *Hypothèque*, nos 45 et 46: « Quand la reconnaissance, dit-il, d'un écrit privé ne se fait que contre l'héritier de celui qui l'a souscrit, elle peut bien constater le droit du créancier sur la succession du débiteur, pour lui faciliter son paiement sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers de l'héritier: cette reconnaissance peut même donner hypothèque au créancier du défunt, sur les biens personnels de l'héritier. Mais, relativement aux autres créanciers chirographaires de la succession, celui qui a fait reconnaître son titre, ***n'a aucune préférence;*** le droit des uns et des autres ***s'étant trouvé égal au moment de la mort du débiteur commun***, l'antériorité ou la postériorité des reconnaissances ou des condamnations ne change point leurs qualités de créanciers chirographaires. » Cet auteur compare ce cas à celui de la reconnaissance ou vérification faite avec un curateur à la succession vacante. Ces reconnaissances, dit-il, ou vérifications n'emportent point hypothèque sur les immeubles de la succession; et celui qui a la plus ancienne condamnation contre le curateur, n'a point d'avantage contre les autres.

C'est ainsi que la question a été jugée par un arrêt de la Cour de cassation, du 19 février 1818, section des requêtes. Cet arrêt mérite la plus grande attention; il est rapporté par Denevers, *même année*, *pag.* 668. Dans l'espèce de cet arrêt, le sieur le Cavelier, banquier à Rouen, était décédé le 23 février 1810. Sa succession fut acceptée purement et simplement par deux héritiers majeurs et par un héritier mineur. Il fut bientôt reconnu que les biens ne suffisaient pas pour acquitter les dettes. Les sieurs Gihoul, Roussel et Berthelot, créanciers de cette succession demandèrent à être placés au nombre des créanciers hypothécaires, en vertu de jugemens qu'ils avaient obtenus ***depuis la mort du sieur le Cavelier*** et d'inscriptions qu'ils avaient prises en exécution de ce jugement. Les autres créanciers s'y opposèrent, et soutinrent que les sieurs Gihoul, Roussel et Berthelot n'avaient pu acquérir d'hypothèque après la mort du débiteur commun. Un jugement du tribunal de première instance de Rouen les déclara, en effet, simples créanciers chirographaires. Le jugement fut confirmé sur l'appel, par un arrêt de la Cour royale de la même ville, du 17 mars 1817. Les termes de cet arrêt méritent d'être pesés: « Si on érigeait en principe, y est-il dit, le système des appelans, il en résulterait qu'après une succession ouverte, le droit d'hypothèque appartiendrait aux créanciers qui, étant les plus alertes, arriveraient les premiers dans le sanctuaire de la justice, et deviendrait pour eux le prix de la course, dernière circonstance, dans laquelle les créanciers du lieu de l'ouverture de la succession auraient un avantage de position insurmontable, par rapport aux externes, en ce qu'ils pourraient obtenir une hypothèque judiciaire, avant même que les porteurs d'effets de Marseille et de Hambourg eussent connaissance de la mort du débiteur commun; et, d'ailleurs, ***que deviendraient, dans ce cas, les créances à terme?*** » Cette dernière réflexion est profonde et extrêmement judicieuse. On sait, en effet, qu'il y a des cas où, d'après la législation, on ne peut obtenir d'hypothèque avant l'expiration du terme.

L'arrêt de la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi contre celui de la Cour royal de Rouen, a confirmé plus directement le principe. « Attendu, y est-il dit, que c'est une maxime de tous les temps et de tous les lieux, que la mort fixe le sort des créanciers et l'état des biens de la personne décédée, et qu'ainsi, ***il n'est pas au pouvoir des créanciers chirographaires d'une succession de se convertir en créanciers hypothécaires.*** »

Mais la solution de cette question amène une nouvelle difficulté sur la manière d'entendre l'art. 2146 du Code civil. On a vu que d'après cet article, le créancier qui a simplement une hypothèque sur les biens du défunt, ne peut pas prendre, avec effet, une inscription après l'ouverture de la succession, *dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire.* On pourrait opposer que le créancier qui a bien une hypothèque antérieure au décès du débiteur, mais qui n'a pas pris une inscription sur les biens avant le décès, ne peut être considéré, par rapport aux autres créanciers chirographaires de la succession, que comme créancier chirographaire. L'hypothèque, dirait-on, n'a pas reçu son efficacité, par l'inscription, avant le décès du débiteur. On pourrait, en suivant ce raisonnement, en conclure que ce même créancier ne pourrait pas prendre une inscription utile après la mort du débiteur, et sur ses biens, même quand la succession serait acceptée d'une manière absolue; puisque, d'après le principe ci-dessus développé, un créancier chirographaire de la succession ne peut, lors même que l'héritier accepte la succession indéfiniment, obtenir une hypothèque sur les biens de la succession, et se convertir en créancier hypothécaire, au lieu de simple créancier chirographaire, tel qu'il était avant le décès du débiteur.

Mais ce raisonnement serait vicieux, et la conséquence serait fausse. On ne doit pas comparer un créancier qui a une hypothèque sur les biens de son débiteur, et qui peut ne pas avoir pris son inscription, parce qu'il aura été prévenu par la mort de ce débiteur, à un créancier qui n'a pas d'hypothèque, qui est purement chirographaire, et qui voudrait obtenir une condamnation hypothécaire contre les biens de la succession, en la personne de l'héritier. Le créancier qui a une hypothèque sur les biens de son débiteur, et avant la mort de celui-ci, n'est privé de la faculté de s'inscrire avec effet, après l'ouverture de la succession, que dans un seul cas, qui est celui où, après l'inscription, la succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire, ou, comme je l'ai dit, dans le cas où la succession deviendrait vacante. Or, par la force de l'argument *à contrario*, la faculté de s'inscrire subsiste si la succession est acceptée purement et simplement. C'est alors une suite de l'hypothèque déjà existante. Il est dans l'esprit de la loi que cette hypothèque reçoive son complément par l'inscription, sur la succession, comme elle aurait pu le recevoir sur le débiteur s'il ne fût pas décédé, ainsi que cela est permis par l'article 2149 du Code civil. Quelle en est la raison? C'est que la succession étant acceptée entièrement par une adition parfaite d'hérédité, le créancier est réputé de bonne foi, lorsqu'il prend son inscription après l'ouverture de la succession. Il y a continuité de propriété comme il y a continuation de personne. L'héritier pur et simple est la continuation de la personne du défunt. L'état d'insolvabilité de la succession résulte de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ou de ce qu'elle devient vacante. C'est la présomption de la connaissance de cet état d'insolvabilité qui annule l'inscription, comme elle l'annulle dans le cas de la faillite; et c'est parce que tout cela n'existe pas lorsque la succession est acceptée purement et simplement, que le créancier qui a une hypothèque avant le décès du débiteur, peut lui donner son complément avec effet par l'inscription, quoiqu'elle soit prise après ce décès. D'ailleurs, on ne doit pas facilement augmenter les difficultés de compléter l'hypothèque par l'inscription. Il est dans l'ordre de se renfermer dans les cas prévus par la loi.

129. Mais quel est l'effet de l'hypothèque obtenue par les créanciers de la succession contre l'héritier, sur les biens personnels de celui-ci? Il est sans difficulté que les créanciers du défunt, soit hypothécaires, soit simplement chirographaires, peuvent obtenir une hypothèque sur les biens personnels de l'héritier, par suite ou d'une condamnation contre cet héritier, ou d'une obligation ou reconnaissance de sa part de la dette du défunt:

mais l'hypothèque ne prendra rang, respectivement aux autres créanciers personnels de cet héritier, que du jour de l'inscription qui aura été prise sur ses biens, en vertu de la condamnation ou de la reconnaissance. Tels étaient les anciens principes. Ils sont enseignés par Lebrun, *des successions, liv. 4, chap. 2, sect. 1re, n° 36*; par Basnage, *des hypoth., chap. 5*; par Pothier, *Introd. Cout. d'Orl., tit. 20, n° 20*; et par d'Héricourt, *Vente des imm., chap. 11, sect., 2, n° 26*.

Le motif pour lequel cette hypothèque ne commence, sur les biens de l'héritier, que du jour de la condamnation obtenue contre lui, ou du jour de sa reconnaissance, est qu'en principe un débiteur ne peut hypothéquer que ses biens propres, et non ceux de ses héritiers; qu'il n'y a point, dit Lebrun, n° 37, d'après les lois romaines et la jurisprudence des arrêts, d'hypothèque, ni expresse, ni tacite, dans l'adition d'hérédité; elle n'emporte qu'une simple obligation personnelle. L'hypothèque obtenue contre l'héritier sur ses propres biens, par les créanciers de la succession, reste à l'égard de ses créanciers personnels; parce que, comme je le dirai dans la suite, les créanciers de la succession peuvent bien demander la séparation du patrimoine du défunt, de celui de l'héritier; mais les créanciers de l'héritier n'ont pas le droit de demander la séparation du patrimoine de ce dernier, d'avec celui de la succession.

130. Enfin, lorsque le créancier a un titre qui était exécutoire contre le défunt, il peut le mettre à exécution contre l'héritier personnellement. Il n'est plus nécessaire, comme on le pratiquait anciennement au moins dans les pays coutumiers, de le faire déclarer exécutoire contre l'héritier, ce qui était parfaitement inutile, d'après la règle *le mort saisit le vif*. Telle est la disposition de l'art. 877 du Code civil. On peut donc en tout état exercer telles poursuites qu'on avisera sur les biens de la succession. On peut prendre une inscription sur ces mêmes biens, pourvu que le débiteur décédé soit désigné, ainsi que l'exige l'art. 2149 du Code.

Cependant l'art. 877 veut que l'exécution ne puisse être poursuivie que huit jours après la signification des titres à la personne ou au domicile de l'héritier. L'opinion générale est que cette signification qui, au surplus, ne tiendrait pas lieu du commandement dans les cas où il est requis par la loi, puisse avoir son effet, quoiqu'elle soit faite dans les délais accordés à l'héritier pour faire inventaire et pour délibérer, sauf à ne faire les poursuites qu'après l'expiration de ces délais, d'après l'art. 797. Mais on sent bien que c'est seulement par rapport aux poursuites judiciaires que la signification des titres est nécessaire. Elle ne l'est pas respectivement à l'inscription qu'on ne peut comprendre dans ces poursuites. L'inscription peut être prise sans ce préalable.

§ V.

De quelques questions transitoires sur les cas où l'on a pu prendre, ou non, des inscriptions hypothécaires.

SOMMAIRE.

seulement, ont pu prendre inscription sur leurs débiteurs.

138. *La loi du 16 ventôse an 9 est absolument étrangère aux hypothèques sur les biens des condamnés.*

139. *Du sort des inscriptions conservatoires, prises pour garantie de ventes antérieures à la loi de brumaire.*

131. Je n'entends pas grossir ce Traité de discussions sur des questions transitoires; je crois que ce serait inutile. Je donne cette dénomination de *transitoires* à des questions dont l'origine remonte aux lois antérieures à celle de brumaire an 7, ou qui, quoiqu'elles aient pris naissance sous cette loi, se compliquent, par un mélange, avec des lois qui ont été l'effet de circonstances qui tiennent à des évènemens politiques. Je m'expliquerai cependant sur quelques-unes de ces questions, parce qu'elles sont telles qu'elles se présentent encore, et que certaines ont donné lieu à des arrêts récens. Ayant entrepris un traité sur cette matière, je dois, pour le rendre aussi complet qu'il m'est possible, faire connaître ce qu'il est utile de savoir, au moins au moment où j'écris. J'ai encore un autre motif, qui est que j'en prendrai occasion pour faire remarquer les points de contact les plus essentiels entre les législations anciennes et la nouvelle.

La loi du 9 messidor an 3, fut la première qui établit la publicité de l'hypothèque. Ce fut par le moyen de l'inscription. Mais, dans toute cette loi, on voit dominer le principe que j'ai déjà eu occasion de poser, que l'hypothèque existe indépendamment de l'inscription, mais que sans cette inscription elle est inerte et inefficace. On y voit, de plus, ce principe que si l'hypothèque n'est pas régulièrement constituée suivant la loi existante au moment où elle prend naissance, l'inscription ne peut lui donner effet, et elle participe à la nullité même de l'hypothèque. On peut voir, entre autres articles, les 19e et 255e.

Cette loi portait, article 1er, qu'à compter du 1er nivôse, lors prochain, l'hypothèque aurait lieu, et serait réglée suivant les principes et le mode d'exécution qui y étaient déterminés. Mais ce terme du 1er nivôse fut successivement prorogé par plusieurs lois, et notamment par celles des 21 nivôse, 19 prairial an 4, et 27 vendémiaire an 5. Il résultait des lois des 21 nivôse et 19 prairial, que les inscriptions pourraient toujours être faites conformément à ce qui était prescrit en cette partie par la loi du 9 messidor an 3, et que même les hypothèques pouvaient être purgées par l'observation des formes prescrites par l'article 105 de la même loi, jusqu'à l'établissement du nouveau régime hypothécaire, qui devait être celui qui fut organisé par la loi de brumaire. La validité de ces inscriptions résultait même de l'art. 37 de cette dernière loi. Il y était dit que les droits d'hypothèque ou privilèges existans lors de la publication de la présente, qui n'auraient pas encore été inscrits *en exécution et dans les formes de la loi du* 9 *messidor an* 3, le seraient, pour tout délai, dans les trois mois qui suiveraient cette publication. C'était dire assez que les inscriptions qui auraient été prises en vertu de la loi du 9 messidor an 3, l'avaient été valablement; et que même après la promulgation de la loi de brumaire, elles conserveraient leur effet pendant dix ans, comme toutes autres inscriptions.

Cependant il fut élevé, à ce sujet, des difficultés; mais elles furent résolues par un arrêt de la Cour de cassation, du 8 floréal an 13. *Denevers, même année, pag.* 433. On peut y voir les distinctions sur lesquelles on se fondait pour rendre l'inscription inutile, et qui furent rejetées. Je dois faire observer qu'il résultait des lois de nivôse et de prairial an 4, que la purgation des hypothèques, relativement aux aliénations, pouvait toujours s'opérer jusqu'au nouveau régime introduit par la loi de brumaire an 7, par les formes établies par l'édit de 1771; et les oppositions aux lettres de ratification pouvaient être faites tant entre les mains des anciens conservateurs que des nouveaux. (Art. 3 de la loi du 19 prairial.)

132. Mais il y avait des provinces françaises dans lesquelles, même avant la loi de brumaire an 7, les actes notariés et publics n'emportaient pas hypothèque. Ils ne procuraient que l'action personnelle ; et ils n'étaient revêtus de l'hypothèque que par l'accomplissement de certaines formalités connues sous différentes dénominations. On voit bien que je veux parler des pays désignés anciennement sous le nom de pays de nantissement. Le régime féodal et censuel, à l'exercice duquel tenaient ces formalités, ayant été supprimé, il fallut y suppléer par d'autres formalités qui furent même plus simples et plus commodes que les précédentes. Tel fut l'objet de la loi du 27 septembre 1790. En voici la disposition.

« A compter du jour où les tribunaux de district seront installés dans les pays de nantissement, les formalités de saisine, dessaisine, déshéritance, adhéritance, vest, devest, reconnaissance échevinale, mise de fait, main assise, plainte à la loi, et généralement toutes celles qui tiennent au nantissement féodal et censuel, seront et demeureront abolies ; et jusqu'à ce qu'il en ait autrement été ordonné, la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque en tiendra lieu, et suffira en conséquence pour consommer les aliénations et les constitutions d'hypothèque, sans préjudice, quant à la manière d'hypothéquer les biens, de l'exécution de l'art. 35 de l'édit du mois de juin 1771, et de la déclaration du 27 juin 1772, dans le pays de nantissement où elles ont été publiées. »

Cette transcription se faisait, d'après l'art. 4 ; par les greffiers des tribunaux de district de la situation des biens, avec les formes qui y sont prescrites. Les dispositions de cette loi ont été exécutées jusqu'à la promulgation de la loi du 11 brumaire, qui leur a substitué un nouveau régime hypothécaire, modifié par le Code civil. Cette loi de brumaire abrogea en conséquence, dans son art. 56, la loi du 9 messidor an 3, une du même jour, qui en était une suite, relative aux déclarations foncières, ainsi que toutes les lois, coutumes et usages antérieurs relatifs à cette matière.

La loi de septembre 1790 opéra un grand changement en cette partie, puisque, dès sa promulgation, il n'y eut de véritable hypothèque dans les pays de nantissement, que celle qui résultait de la transcription du titre telle qu'elle y est prescrite ; et de cela même il se tira cette conséquence importante, que les hypothèques constituées par les titres passés dans ces pays, pendant tout le temps que cette loi a dû être exécutée [1], ne purent être inscrites avec effet, même sous la loi de brumaire, sans cette transcription préalable à laquelle on a donné le nom de *réalisation du contrat*. Cela tient toujours à ce principe qu'il faut une hypothèque régulièrement constituée, et qu'elle soit ensuite publique par l'inscription. C'est ce qui a été jugé par trois arrêts de la Cour de cassation : l'un du 4 thermidor an 12 ; l'autre du 28 décembre 1808, et le troisième du 17 mai 1810. *Rép. de jurispr.*, au mot *Hypothèque, sect.* 2, § 2, *art.* 16, *n°* 1er; *Denevers, an* 12, *pag.* 550; *an* 1809, *pag.* 28, *et an* 1810, *pag.* 553.

Mais il n'y aurait point d'hypothèque, malgré la formalité de la transcription faite en vertu de la loi de septembre 1790, si, dans le titre constitutif de l'engagement, on avait constitué une hypothèque générale de biens présens et à venir, sur des biens situés dans des pays de nantissement. La raison en est que, d'après le principe de la publicité, une pareille hypothèque, qui ne pouvait compatir avec ce principe, y était inconnue. On n'y admettait que l'hypothèque spéciale, sauf les cas où les statuts y admettaient l'hypothèque légale. Tout cela avait lieu, même quoique les obligations notariées eussent été passées dans les parties du royaume où

[1] Cette loi n'a cependant pas dû être suivie dans tous les pays dits de nantissement. L'ancien usage ne s'était conservé que dans le ressort du parlement de Flandre et du conseil provincial d'Artois, où l'édit de 1771 n'était pas exécuté. Voyez là-dessus le Répertoire de jurisprudence au mot *Hypothèque*, *sect.* 1re, § 3, n° 14, *et* § 13, n° 8.

l'hypothèque générale était de droit commun. Aussi voit-on, dans les arrêts que je viens de citer, que cette circonstance était un motif de plus pour le rejet des inscriptions.

Il faut faire une remarque essentielle : c'est que lorsqu'on a pris une inscription en vertu d'une transcription ou réalisation de titre conforme aux dispositions de la loi de septembre 1790, il n'a pas suffi qu'il y ait eu une inscription prise en vertu du titre constitutif de la créance, il a été encore nécessaire que l'inscription rappelât spécialement la transcription, parce que cette transcription conférant seule hypothèque, elle devenait le fondement de l'inscription, et toute inscription doit faire connaître aux tiers tout ce qui constitue régulièrement l'hypothèque. Tout cela rentre dans ce que j'ai eu occasion de dire, que lorsque le titre constitutif de la créance est nul, et que, pour se procurer un titre valable, on a recours au remède de la ratification, l'inscription doit être prise non seulement en vertu du titre primitif, mais encore en vertu de l'acte de ratification. Il y a encore quelqu'affinité entre ce cas et celui de la subrogation à l'effet d'une créance. L'inscription doit faire connaître le titre et la subrogation. Tout cela prouve une coïncidence de principes, sous tous les régimes hypothécaires, sur ce qui constitue la publicité de l'hypothèque.

Mais ces réalisations ou transcriptions de titre, en ce qui concernait les acquisitions, n'opéraient pas la purgation des hypothèques existantes alors. Le but de cette formalité, comme celui des anciennes qu'elle remplaçait, était seulement de consommer l'aliénation, de dessaisir le vendeur et de saisir l'acquéreur ; et, quant aux hypothèques, cette dessaisine empêchait seulement le vendeur d'en constituer à l'avenir. Mais les hypothèques anciennes subsistaient, et elles ne pouvaient être éteintes que par les voies ordinaires. De là il résultait une conséquence importante, qui est qu'un créancier antérieur à la transcription de la vente du fonds hypothéqué, faite dans les formes prescrites par la loi du 27 septembre 1790, pouvait prendre utilement une inscription, même après la loi du 11 brumaire an 7, lorsque l'acquéreur n'avait pas fait transcrire d'après les formes prescrites par l'art. 44 de cette loi, ou par l'article 105 de la loi du 9 messidor an 3, sauf à ne donner rang à l'hypothèque que du jour de l'inscription, d'après le principe général. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 20 frimaire an 14. *Denevers, an* 1806, *pag.* 62.

133. On avait élevé la question de savoir si la loi du 27 septembre 1790 était applicable, ou non, aux contrats d'aliénations qui étaient antérieurs à la promulgation de cette loi. L'affirmative a été jugée par un arrêt de la Cour de cassation, du 5 janvier 1818. *Denevers, même année, pag.* 68. La formalité de la deshéritance consolidait seule la propriété sur la tête de l'acquéreur. Jusque là, comme je l'ai déjà dit, l'acquéreur n'était réputé avoir qu'une promesse de vendre, et il n'avait que l'action tendante à faire remplir la formalité de la deshéritance, ou des dommages-intérêts. Or, la transcription du contrat de vente antérieure à la loi, faite postérieurement, produisait l'effet même de la deshéritance quoique le vendeur fût demeuré en possession de l'immeuble. L'arrêt l'a ainsi décidé pour une vente du 19 février 1788, transcrite le 30 juillet 1791. Il a aussi jugé que la prescription que pouvait invoquer le vendeur à raison de sa possession, et d'après le silence de l'acquéreur, ne courait qu'à compter du jour de la transcription, et non du jour où la possession avait commencé. La raison en est que, du jour de la transcription qui tenait lieu de deshéritance, l'acquéreur était considéré comme possesseur réel du fonds. L'arrêt est rendu dans le sens que l'on ne devait avoir aucun égard à la prescription de l'action personnelle qui avait couru contre l'acquéreur, parce que, dès le moment de la transcription, il ne devait plus être question de cette action *personnelle* qui avait été remplacée par l'action *réelle*. Il résulta de là que l'acquéreur pouvait, dès ce jour, réclamer

le désistement de l'immeuble par une action *réelle* qui, suivant l'art. 1er, chap. 107 des Chartes du Hainault, ne se prescrivait que par vingt-un ans : cet espace de temps ne s'était pas écoulé entre la date de la transcription et celle de la revendication de l'immeuble.

134. Lorsqu'il avait été formé opposition aux lettres de ratification, établies par l'édit de 1771, et quand il aurait été obtenu des lettres de ratification, dès l'instant de la promulgation de la loi de brumaire an 7, le créancier opposant devait prendre une inscription pour la conservation de son hypothèque, l'inscription étant devenue le seul moyen d'obtenir cette conservation; et si elle était prise dans le délai prescrit pour les anciennes créances, par l'art. 37 de la loi de brumaire, l'inscription conservait l'hypothèque au rang qu'elle avait auparavant. Ce n'eût été que dans le cas où elle n'eût pas été prise dans le délai, qu'elle n'avait rang que du jour de sa date.

Il y a plus : c'est que, lorsque l'acquéreur qui avait obtenu des lettres de ratification, revendait l'héritage, et lorsque le second acquéreur, avait encore obtenu des lettres de ratification sur son acquisition, qui, comme les premières, auraient été chargées des anciennes oppositions, les créanciers du premier vendeur devaient prendre inscription contre le nouvel acquéreur; et l'inscription sur ce nouvel acquéreur devait toujours être prise dans le délai porté par le même art. 37 de la loi de brumaire. Sans cette nouvelle inscription sur l'acquéreur, les créanciers personnels de celui-ci, quoique inscrits après les créanciers du vendeur, leur auraient été préférés. Tout cela n'était pas sans de grandes difficultés; et on y voit principalement la preuve des inconvéniens graves qui résultent du passage d'une ancienne législation à une nouvelle. Ces questions eussent pu être décidées de manière à faciliter la conservation des anciennes hypothèques dont je viens de parler; et cela eût été à désirer. Mais on n'inséra pas dans la loi de brumaire des dispositions assez étendues pour produire cet effet. On put en voir l'intention dans l'art. 49; mais cet article devint la matière d'une foule d'interprétations; et ce fut par suite de ces interprétations, qu'il se forma une jurisprudence, dont ce que je viens de dire est le résultat.

La question fut ainsi jugée par un arrêt de la Cour de cassation, du 13 thermidor an 12, rapporté avec le discours de M. Merlin, Répert. de jurisprud., au mot *Hypothèque, sect.* 2, § 2, *art.* 14, *n°* 1er; et par un autre arrêt de la même Cour, du 13 décembre 1808, qu'on voit dans Sirey *an* 1809, 1re *partie*, *pag.* 69. Il y a très peu d'années que j'ai eu occasion de remarquer, relativement à une anccienne affaire de ce genre, dont la poursuite était suspendue ou abandonnée, qu'une inscription fut prise utilement, dans la circonstance dont il s'agit. Le même cas peut se présenter encore; et c'est un des motifs qui m'ont déterminé à faire connaître la question.

135. Lorsqu'il se forma des listes d'émigrés, la nation s'étant emparée de leurs biens, les vendit francs de toute hypothèque, et elle se chargera de payer leurs créances, d'après des modes de liquidation qui furent établis. De la manière dont étaient conçues les lois sur cette matière, les créanciers avaient juste sujet de regarder comme inutiles toutes oppositions qu'ils auraient pu faire aux lettres de ratification, d'après l'édit do 1771, et même toutes inscriptions qui auraient pu être prises en vertu de la loi du 11 brumaire an 7. En effet, les lois relatives à l'émigration obligeaient les créanciers des émigrés à faire le dépôt de leurs titres aux secrétariats des administrations, en attendant la liquidation. On peut voir, notamment à ce sujet, la loi du 25 juillet 1793, sect. 5, art. 16. Mais ces temps désastreux commençant à disparaître, la rigueur de ces lois s'étant adoucie, on conçut l'espérance d'obtenir des éliminations et des radiations sur la liste des émigrés : il en arriva plusieurs, et tout indiquait qu'elles seraient suivies de beaucoup d'autres. Les émigrés étant réintégrés dans la possession de leurs biens, au moins de ceux non vendus, il s'ensuivait

qu'ils devaient être chargés du paiement des créances dont le remboursement ni même la liquidation n'avait pu s'opérer. C'est ce qui résultait expressément de l'arrêté du gouvernement, du 13 floréal an 11. Il fallut donc pourvoir aux mesures qu'avaient à prendre les créanciers: on devait régler leur sort, selon qu'ils prendraient ces mesures, si déjà elles n'étaient prises, ou qu'ils les négligeraient. Tel fut le but de la loi du 16 ventôse an 9, qui a eu des conséquences très importantes sur cette matière, et dont l'exécution a laissé des traces qui se remarquent encore.

Il serait inutile de rapporter ici toutes les dispositions de cette loi. Je ne ferai connaître que les plus essentielles, et qui sont les plus propres à en faire saisir l'esprit. Il est dit dans l'art. 1er, que les délais accordés par les art. 37 et 47 du titre 3 de la loi du 11 brumaire, et par les lois des 16 pluviôse et 17 germinal même année, pour l'inscription des droits d'hypothèque ou de privilége, sont prorogés en faveur des créanciers hypothécaires d'individus portés sur la liste des émigrés, et dont les biens avaient été séquestrés. L'art. 2 porte que lesdites inscriptions pourront être faites par ces créanciers, dans les trois mois, à partir du jour où la radiation du prévenu d'émigration aura été légalement constatée. Suivant l'art. 3, la radiation résultait de la prononciation par les préfets de la mainlevée du séquestre. Il est dit dans l'art. 6, que tout porteur de créance spécifiée en l'art. 1er, qui se sera fait inscrire dans le délai fixé par les art. 2 et 5, conservera ses droits à la date de ses titres. Il est bon de remarquer que, d'après l'esprit de ces dispositions, les créanciers des émigrés furent regardés comme ayant un droit préexistant à cette loi. Il en résultait que ce droit avait pu même les autoriser à s'inscrire, mais que le droit qui pouvait résulter des inscriptions hypothécaires, avait dû être suspendu jusqu'aux radiations des inscriptions sur la liste des émigrés. Les progrès que fit la jurisprudence en cette partie, allèrent jusqu'à faire ériger en principe que la loi du 25 juillet 1793, sect. 5 art. 16, qui ordonnait le dépôt des titres de créances pour obtenir la liquidation, avait *dispensé* seulement les créanciers des émigrés de former des oppositions pour la conservation de leurs droits, et ne leur avait pas *défendu* d'en prendre. On pensa que cet état de choses était resté le même sous l'empire des nouvelles lois sur les hypothèques, jusqu'à cette loi du 16 ventôse an 9, qui leur impose l'obligation de s'inscrire dans le délai qui y est énoncé. Tel est l'esprit qui est présumé avoir dicté cette loi, d'après les motifs d'un arrêt de la Cour de cassation, du 3 octobre 1814, dont j'aurai bientôt occasion de parler.

L'exécution de cette loi donna lieu à quelques difficultés. Il s'éleva d'abord la question de savoir si l'inscription prise en vertu de cette même loi, dans les trois mois qui avaient suivi la radiation légalement constatée, avait donné pour date à l'hypothèque celle du contrat, quoique l'obligation fût postérieure à l'inscription du débiteur sur la liste des émigrés. La Cour de cassation jugea l'affirmative, par un arrêt du 28 juin 1808. Le motif de l'arrêt fut que la mort civile, prononcée contre les émigrés par la loi du 28 mars 1793, ne leur interdisait que les actes dérivant du droit de cité, et non ceux dérivant du droit naturel et des gens, *tels que les acquisitions et obligations*. Cet arrêt est une conséquence d'un autre arrêt de la même Cour, du 28 frimaire an 13, qui avait jugé, par les mêmes principes de droit public, qu'une vente faite par un émigré, avant sa radiation définitive, était valable, et qu'il ne pouvait y avoir qu'une nullité relative à l'intérêt national [1].

Il a été question de savoir si un créancier avait pu valablement prendre une inscription sur un émigré avant la radiation définitive, mais après sa radiation provisoire. La Cour de cassation s'est dé-

[1] Voyez Denevers, an 13, p. 178, et an 1808, pag. 368; Sirey, an 1809, 1re partie, pag. 84, et la table des matières, pag. 57, no 480.

cidée pour l'affirmative, par un arrêt du 2 août 1814. L'arrêt est fondé sur ce qu'aucune loi ne défendait aux créanciers des émigrés rayés provisoirement, de prendre des inscriptions sur les biens de ces émigrés, *quoique les biens fussent sous le séquestre national;* qu'à la vérité, l'effet de l'inscription était subordonné au cas de la restitution des biens, mais que, le cas arrivant, *l'inscription était valable.*

La même Cour est encore allée plus loin, par un arrêt du 3 octobre suivant. Elle a décidé que le créancier d'un émigré avait pu prendre une inscription sur son débiteur, avant toute amnistie et toute radiation, et avant un envoi en possession des biens qui étaient sous le séquestre lors de l'inscription. On a jugé que les inscriptions prises sur les émigrés avant la loi de ventôse, n'étaient pas nulles, mais incapables seulement de produire leur effet, tant que durerait l'état de choses qui maintiendrait la propriété de l'émigré, débiteur de l'inscrivant, sous la main de la nation; qu'il était indifférent que l'inscription eût été prise avant la loi du 16 ventôse, an 9, ou avant l'expiration des trois mois de grâce accordés aux créanciers des émigrés par cette même loi. *Denevers, an* 1814, *pag.* 476 *et* 607.

136. Dès que, d'après les principes que je viens d'exposer sur cette matière, la loi du 16 ventôse an 9 n'établissait pas un nouveau droit sur la faculté de prendre des inscriptions hypothécaires de la part des créanciers d'émigrés; que ce droit devait être considéré comme préexistant, et qu'il ne s'agissait que de déterminer un nouveau délai dans lequel les créanciers qui ne s'étaient pas déjà inscrits, seraient tenus de remplir cette formalité, on devait naturellement en venir à regarder comme suffisante une inscription qui aurait été déjà prise en vertu de la loi du 11 brumaire an 7. Cette loi n'était pas rendue dans l'esprit d'un renouvellement d'inscription, mais bien dans celui d'une nécessité de s'inscrire par forme de prorogation du délai accordé, pour les anciennes hypothèques, par l'art. 37 de la même loi. C'est aussi ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour royale de Montpellier, du 29 mars 1813. *Denevers, même année, pag.* 85, *suppl.* Lors de cet arrêt, on opposait au créancier qui avait pris l'inscription, une décision rendue par le ministre de la justice, et par celui des finances, le 16 novembre 1810. Cette décision prononçait la nullité des inscriptions qui avaient été prises pendant l'émigration du débiteur, qui depuis, avait été rayé de la liste des émigrés; elle est rapportée dans le journal de l'enregistrement, an 1811, n° 469, art. 4051, pag. 235 et 236. Mais la Cour royale de Montpellier pensa, et avec raison, que des décisions ministérielles ne peuvent influer sur les tribunaux, relativement aux actions entre particuliers; que d'ailleurs, cette décision avait pu n'être rendue que sous le rapport de l'intérêt national dont il ne s'agissait pas. Aussi cette dernière idée est-elle manifestée dans l'arrêt de la Cour de cassation, du 28 frimaire an 13, que j'ai déjà eu occasion de citer.

On sent facilement que des inscriptions prises, soit avant, soit après la loi du 16 ventôse an 9, lors même qu'elles auraient été prises en vertu de cette dernière loi, devaient avoir la primauté sur les hypothèques légales des femmes qui n'auraient pas pris des inscriptions, ainsi que les y obligeait la loi du 11 brumaire. C'est encore ce qui résulte de l'arrêt de la Cour royale de Montpellier.

On verra, dans le § II de la section III, n° 168, les principes admis sur la solidarité d'hypothèque que pouvaient réclamer les créanciers des émigrés.

137. Dès qu'il était reçu, par la jurisprudence des arrêts que je viens de rapporter, qu'on pouvait prendre des inscriptions sur des émigrés, sauf la suspension seulement de l'effet de ces inscriptions, jusqu'à la restitution qui leur serait faite de leurs biens, il devait s'en tirer la conséquence qu'eux-mêmes lorsqu'ils étaient rayés provisoirement, ou amnistiés, quoiqu'ils n'eussent pas obtenu la délivrance du certificat de leur amnistie, avaient le

droit de prendre sur leurs débiteurs des inscriptions qui n'étaient que des actes conservatoires. C'est aussi ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 5 septembre 1810. *Denevers, an* 1810, *pag.* 512. Je renvoie aux motifs de l'arrêt, qui sont intéressans sur cette matière.

138. Dans le principe, les biens des condamnés par les tribunaux révolutionnaires, étaient confisqués au profit de l'État. Mais la loi du 21 prairial an 3 ordonna que ces biens seraient restitués à leurs familles. Ainsi, dès ce moment, la propriété de ces biens appartenait aux familles, et, par conséquent, les inscriptions hypothécaires devinrent le seul moyen de conserver les hypothèques sur ces biens. Il ne devait donc y avoir d'autre règle à suivre pour les hypothèques anciennes, que les délais accordés, en général, par les art. 37 et 39 de la loi du 11 brumaire an 7.

Cependant, quelques créanciers d'anciens fermiers généraux ou régisseurs comptables condamnés, qui négligèrent de prendre des inscriptions sur les biens de ces derniers, prétendirent, quoiqu'il ne fût question que de créances particulières et ordinaires, qu'ils en avaient été dispensés jusqu'à la loi du 16 ventôse an 9, et qu'il leur avait suffi de prendre des inscriptions dans le délai accordé par cette loi. Ils assimilaient la position des créanciers de ces condamnés à celle des créanciers des émigrés. Ils fondaient cette prétention sur l'art. 7 de la loi du 21 prairial an 3. Cet article portait que néanmoins le séquestre serait maintenu sur les biens des ci-devant fermiers généraux et des régisseurs comptables. Mais cette prétention fut rejetée par un arrêt de la Cour de cassation, du 26 avril 1813. Le motif en fut que la loi du 16 ventôse an 9 ne fait aucune mention, dans tout son contexte, des condamnés ni de leurs biens; que si, par l'article 7 de la loi du 21 prairial an 3, le séquestre avait néanmoins été maintenu sur les biens des ci-devant fermiers généraux, ce séquestre n'avait plus été, ainsi que l'indiquent les expressions mêmes de cet article, qu'un séquestre purement administratif et provisoire; que ce séquestre concernant uniquement l'intérêt national, ne pouvait être un obstacle à l'exercice des droits des particuliers créanciers. Au surplus, tout séquestre sur les biens des ci-devant fermiers généraux avait été définitivement levé par un arrêté des consuls, du 25 brumaire an 9. Voyez Denevers, an 1815, pag. 494 [1].

139. Une des questions transitoires les plus importantes qui s'élèvent sur cette matière, est celle de savoir si un acquéreur d'immeubles, dont la vente est antérieure à la loi du 11 brumaire an 7, peut, pour sa garantie, en cas de recherches pour créances, ou en cas d'éviction, si la propriété était reconnue, dans la suite, n'avoir pas appartenu au vendeur, prendre des inscriptions sur tous les autres biens provenans de celui-ci, en vertu de l'hypothèque générale qui, suivant la législation en vigueur lors de la vente, avait lieu de plein droit. La question serait la même quand cette hypothèque générale aurait été stipulée. Cette stipulation, qui était ordinaire, et comme de style, n'ajouterait rien à l'hypothèque de droit [2]. Doit-on autoriser légèrement de pareilles inscriptions, et sans entrer en connaissance de cause? Si cela était, un particulier qui aurait acquis pour dix ou vingt mille francs d'immeubles, pourrait, à son gré, et sans un intérêt réel, empêcher le vendeur ou ses héritiers auxquels il resterait 200,000 francs d'immeubles provenans du vendeur, de vendre ces immeubles; ou, au moins, les ventes qu'ils voudraient en faire seraient considérablement entravées par ces inscriptions, ce qui leur cau-

[1] Si on veut connaître d'autres arrêts rendus sur des questions de cette nature, on peut consulter M. Merlin, *Rép. de jurispr.*, au mot *Hypothèque*, sect. 2, § 2; et ses Questions de droit, auxquelles il renvoie quand il faut. Mais il y en a plusieurs qui présentent actuellement peu d'intérêt. J'ai déjà dit que je me bornais à ce qui me paraissait être le plus utile.

[2] J'avais traité la question dans mon Commentaire sur l'édit de 1771, art. 15, pag. 250 de la 2e édition. Je la traite d'après de nouvelles réflexions.

serait un très grand préjudice. On voit encore, en effet, un grand nombre de familles gémir sous le poids de cette faculté de s'inscrire, même quoiqu'elle soit sans objet. Un usage aussi pernicieux mérite certainement d'être examiné, et on doit chercher un remède à un aussi grand mal; car ce serait contre l'esprit du régime hypothécaire, qu'une pareille faculté de s'inscrire pût exister indistinctement.

Il est vrai que, d'après les principes de la matière, lorsqu'il s'agit d'inscriptions pour des créances conditionnelles, ou éventuelles, l'acquéreur ou ses héritiers qui prendraient une inscription conservatoire pour cette garantie, ne pourraient pas toucher eux-mêmes les prix des ventes, lorsqu'il se ferait un ordre. Les créanciers postérieurs en hypothèque pourraient les recevoir en donnant caution, ou en prenant d'autres mesures pour assurer la restitution du prix à distribuer à l'acquéreur ou à ses héritiers, s'il y avait lieu par évènement. Mais il est aisé de sentir que cette mesure présente l'inconvénient le plus grave et le plus nuisible au vendeur ou à ses ayans droit, et qu'elle serait encore très pénible pour les créanciers.

L'établissement d'une législation nouvelle ne doit pas changer la position des parties qui ont contracté auparavant : le sort d'aucune ne doit en être aggravé. La justice exige qu'alors on consulte les intérêts respectifs des parties, et qu'on les concilie. Les sûretés doivent être accordées de la même manière qu'elles existeraient si le contrat eût été passé sous la législation qui a succédé à une précédente. Quand une vente se fait sous la législation hypothécaire actuelle, qui a établi un mode particulier de purgation des hypothèques, l'acquéreur a toutes ses sûretés dans les formes établies pour opérer cette purgation, et qu'il ne dépend que de lui de pratiquer. S'il acquiert une propriété reconnue pour appartenir à son vendeur, il peut, en faisant transcrire, et en prenant les mesures que nécessitent les inscriptions, s'il y en a, ou les enchères, s'il en survient, obtenir la purgation des hypothèques; il peut même purger toutes les hypothèques légales, connues, ou inconnues, en pratiquant les formes prescrites, pour ce cas, par le Code civil, et par les règlemens qui l'ont suivi. Mais il ne pourrait pas lui-même prendre une inscription pour la garantie de sa vente, en cas de recherche ou d'éviction; il ne pourrait s'incrire, pour cette garantie, que sur des immeubles autres que ceux vendus, qu'il aurait fait hypothéquer avec une affectation spéciale pour cette garantie; et une pareille garantie avec hypothèque spéciale, ne se stipule ordinairement que lorsqu'il y a des dangers connus. Or, voilà la position dans laquelle doit être placé celui qui a vendu avant l'édit de 1771, qui est la première loi qui ait établi un mode particulier de purgation des hypothèques, inconnu auparavant.

On sent combien celui qui aurait vendu avant 1771, ou ses héritiers, auraient à souffrir d'être soumis, en vertu de l'hypothèque générale qui avait lieu anciennement de droit, pour toutes sortes d'engagemens, et, par conséquent, pour la garantie de la vente, aux mêmes désavantages qu'ils auraient, si, en vendant sous le Code civil, la vente eût été faite avec une garantie en cas de recherches ou éviction, à laquelle on eût spécialement affecté des immeubles autres que les biens vendus. Avant l'édit de 1771, l'hypothèque générale sur les biens présens et à venir, qui était attachée, par la loi, à toutes sortes d'engagemens, n'était utile à l'acquéreur que dans le cas où il survenait un danger de recherche ou éviction; et l'acquéreur ne s'en servait que dans ce cas. Ce n'était qu'alors, et surtout s'il était recherché judiciairement, qu'il exerçait un recours contre son vendeur, et qu'il assignait les acquéreurs postérieurs en déclaration d'hypothèque. Mais lorsque le premier acquéreur ne pouvait concevoir raisonnablement aucune crainte sur l'effet de son acquisition, il gardait le silence, et le vendeur n'était soumis à aucune action en garantie. L'édit des

criées de 1551, avait prévu, dans l'art. 16, les entraves qu'éprouveraient les adjudications sur saisie réelle, par l'effet des oppositions (remplacées par les inscriptions) qui auraient pu être formées pour garanties éventuelles. Cette loi distinguait le cas où le procès, à raison de la garantie, était déjà intenté, de celui où il n'y avait pas d'instance commencée. Au premier cas, elle ordonnait que le procès fût vidé préalablement par le tribunal même devant lequel les poursuites se faisaient, et auquel le procès relatif à la garantie réclamée était évoqué. Au second cas, cette loi voulait qu'il fût passé outre à l'adjudication, à la charge par les créanciers opposans, postérieurs, de donner bonne et suffisante caution de rendre les deniers qu'ils auraient reçus, à celui qui aurait formé opposition pour raison de la garantie, et qui se serait trouvé antérieur en hypothèque. Mais cette loi n'était pratiquée, à cet égard, qu'autant qu'on aurait pu présumer quelques recherches qui auraient rendu nécessaire l'exercice de l'action en garantie, et qu'il y eût eu une crainte apparente d'éviction. S'il en eût été autrement, un particulier qui aurait vendu une partie quelconque de ses biens, se serait vu entravé dans la disposition de tout le reste, en un temps où les décrets volontaires devinrent communs. On sait que leur but était d'obtenir la purgation d'hypothèques inconnues, à peu près comme l'était celui de l'édit de 1771, qui fut substitué à ces décrets volontaires qu'il abrogea.

Cela étant, si un acquéreur antérieur à l'édit de 1771, ou même à la loi de brumaire, ou si les héritiers de cet acquéreur, prenaient une inscription sur une vente faite sous le Code civil, pour la garantie de la vente ancienne; s'il était reconnu que l'ancien vendeur était réellement propriétaire de l'objet qu'il aurait aliéné; si on réclamait une garantie par la voie de l'inscription, sur l'unique fondement de l'hypothèque générale, qui avait lieu lors de la vente; si aucune circonstance n'indiquait le moindre danger pour recherches de créances, ou pour éviction de la propriété, dans cette position, le représentant de l'ancien vendeur qui aurait fait la nouvelle vente, serait fondé à repousser l'effet de cette inscription, et à en demander la mainlevée. Il pourrait se placer dans la même position où il serait, si la vente à l'occasion de laquelle l'inscription serait prise, eût été faite sous le Code civil même. Il dirait, avec raison, qu'il ne doit pas souffrir du changement de législation et de jurisprudence; qu'on ne pourrait, sans injustice, le mettre dans la même position de celui qui vendrait, sous le Code civil, avec une garantie particulière pour laquelle d'autres biens que ceux vendus seraient spécialement affectés; que le premier vendeur a vendu dans les mêmes idées dans lesquelles se font les transmissions de propriété, par vente, sous le Code civil, et que les principes qui règlent les ventes doivent être les mêmes.

Ainsi, s'il y avait eu sur l'ancienne vente des lettres de ratification obtenues sous l'édit de 1771, qui eussent été scellées sans opposition, ou si cette ancienne vente eût été transcrite sous la loi de brumaire ou sous le Code civil, et sans qu'aucune inscription fût survenue, l'inscription prise pour la sûreté de cette vente ancienne, deviendrait sans objet, et la demande en mainlevée en serait fondée. S'il n'avait été rien fait de tout cela, ceux sur lesquels frapperait l'inscription pour la garantie, pourraient requérir que celui qui aurait acquis de leur auteur, ou ses héritiers, fissent transcrire, et demander la mainlevée de l'inscription prise pour la garantie, si la transcription de l'ancienne vente n'était frappée d'aucune inscription sur le vendeur.

Il est vrai que l'acquéreur ou ses héritiers pourraient dire qu'il ne suffit pas, pour qu'ils soient désintéressés, d'avoir purgé d'hypothèques les immeubles acquis; qu'ils peuvent être évincés de la propriété, et que cette propriété ne peut être purgée par la transcription, et par ce qui peut s'ensuivre; en sorte que le risque de l'éviction reste. Ils pourraient

ajouter encore, en se livrant à tous les calculs que pourrait suggérer l'imagination, que des causes d'éviction pourraient demeurer inconnues pendant plus de trente ans, même pendant plus de cent ans, à raison de longues minorités qui se succéderaient dans les familles qui pourraient avoir droit à la propriété. Avec ces allégations, quoiqu'elles ne fussent justifiées en aucune manière, ils auraient le droit de couvrir d'inscriptions conservatoires, pour leur garantie, tous les biens qui proviendraient du vendeur originaire, et même à chaque ordre qui s'en ferait successivement, en abusant du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.

Mais je ne crois pas qu'une pareille prétention dût être accueillie. Une action aussi terrible, aussi importante par ses suites, ne peut être admise qu'autant qu'elle est fondée sur un intérêt réel. Il est donc indispensable que l'ancien acquéreur ou ses héritiers établissent quelque risque qu'ils auraient à courir, à raison de la propriété. S'ils n'y parviennent pas, la radiation de leur inscription doit être ordonnée. Cette opinion est fondée sur l'esprit du régime hypothécaire, qui a été de favoriser la circulation des immeubles, bien loin d'y apporter des entraves. Elle peut encore être établie, au moins par analogie, sur l'art. 1653 du Code civil. Il y est dit : « Si l'acheteur *est troublé*, ou *a juste sujet de craindre* d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, etc. » Or, il se fait une comparaison exacte d'un acquéreur qui est dans cette position, avec l'acquéreur dont l'acquisition est antérieure à l'édit de 1771, ou à la loi de brumaire; chacun d'eux, dans le cas qui le concerne, agit pour ne pas demeurer sans ressource, s'il survenait des recherches hypothécaires, ou une éviction. Si donc celui qui voudrait retenir le prix de son acquisition, ne pouvait le faire qu'autant qu'il serait troublé, ou qu'il serait établi qu'il aurait *juste sujet de craindre* qu'il le fût, ne doit-on pas dire aussi qu'un ancien acquéreur ou ses héritiers ne pourraient couvrir d'inscriptions conservatoires les biens provenans du vendeur, qu'autant qu'ils seraient troublés, ou qu'ils auraient juste sujet de craindre de l'être. L'esprit qui a dicté l'art. 1653 du Code civil, se reporte sur la décision de la question. De simples allégations ne suffisent donc pas; il faut des preuves ou au moins de forts indices, capables de motiver une juste crainte; et, dans ce dernier cas encore, la justice doit faciliter le vendeur originaire ou ses héritiers dans les moyens de lever les obstacles.

Je ne dois cependant pas dissimuler que Renusson, dans son Traité de la *subrogation, chap.* 5, *pag.* 97, *n°* 54, dit que l'action en garantie d'un acquéreur antérieur était *ouverte* dès le moment que le vendeur aliénait des immeubles. L'acquéreur antérieur, suivant cet auteur, pouvait faire assigner l'acquéreur postérieur, pour voir déclarer les héritages acquis, affectés à la garantie de ce premier acquéreur. Mais ce que disait cet auteur ne se pratiquait pas ordinairement : cette assignation en déclaration d'hypothèque devenait même inutile, puisque la prescription de la demande en garantie n'aurait commencé à courir que du jour du trouble réel, et même de l'éviction consommée. D'ailleurs, ce cas ne peut être comparé à celui où des inscriptions seraient prises pour la garantie d'une ancienne vente, sous la législation actuelle qui a produit tant de changemens dans cette matière. Cette ancienne déclaration d'hypothèque, qui n'aurait pu être considérée que comme une forme, n'aurait pas éloigné un acquéreur quand même il aurait pu la prévoir, s'il n'eût pas conçu de justes craintes d'être recherché; au lieu que les inscriptions prises pour la garantie d'une ancienne vente, jettent le trouble et le désordre dans le affaires du vendeur ou de ses héritiers.

Enfin, la question dont il s'agit s'est présentée sous le régime de l'édit de 1771; et elle a été jugée par les parlemens, dans

le sens de l'opinion que j'émets. Il est bon de faire connaître un arrêt du parlement de Paris, du 3 mai 1785, quoique j'en aie cité l'espèce dans mon Commentaire sur cet édit de 1771, parce que cet ouvrage n'est pas actuellement au pouvoir de beaucoup de jurisconsultes. Cet arrêt fut rendu, en grande connaissance de cause, entre des parties de la province d'Auvergne. Je l'ai lu dans le temps, ayant alors en mon pouvoir la procédure sur laquelle il était intervenu. Le sieur de Macon avait acheté une dîme de la dame de Gironde. Son contrat contenait défense de le déposer au bureau des hypothèques. Dans la suite, la dame de Gironde ou ses héritiers vendirent la terre de Buron au sieur de Verdonnoit. Celui-ci déposa son contrat, obtint des lettres; et, entre autres oppositions, il y en eut une du sieur de Macon pour sa garantie. Le sieur de Macon fut assigné en mainlevée par les héritiers de la dame de Gironde. Il se défendit en disant que n'ayant pu, d'après son contrat, obtenir des lettres de ratification, il avait été bien fondé à former opposition pour sa garantie; que, d'ailleurs, pouvant être évincé, même malgré des lettres de ratification qu'il obtiendrait, son opposition était bien fondée dans tous les cas. Les héritiers de la dame de Gironde consentirent que le sieur de Macon obtînt des lettres, malgré la clause du contrat de vente. En conséquence de ce consentement, ils obtinrent mainlevée de l'opposition du sieur de Macon, dans le cas où il ne surviendrait pas des oppositions aux lettres de ratification qu'il serait obligé d'obtenir sur son contrat de vente, lequel il lui serait permis d'exposer, dans un délai qui lui fut accordé à cet effet. L'arrêt jugea encore que, dans ce cas, l'acquéreur opposant était obligé de prendre ces lettres de ratification à ses frais, et non aux frais du vendeur.

M. Corail de Sainte-Foi, qui avait fait des observations en forme de questions sur le même édit de 1771, cite, *pag.* 130, un arrêt du parlement de Toulouse, où il exerçait la profession d'avocat, du 31 août 1784, et un autre du parlement de Rouen, du 18 mars 1779, qui avaient jugé que l'acquéreur antérieur n'était pas recevable à former opposition pour sa garantie. Cet auteur dit que, dans l'espèce de l'arrêt du parlement de Toulouse, le vendeur *était garçon;* et il remarque que, lors de la plaidoirie, on citait un arrêt du parlement de Paris, du 19 juillet 1781, rendu entre le sieur Estele et le sieur Lagorée, par lequel une opposition pour une simple garantie avait été confirmée. Mais il ajoutait que l'opposant soutenait qu'*il courait le plus grand péril d'être évincé, si le sieur Lagorée venait à mourir, parce qu'il devait les dots de deux femmes riches qu'il avait successivement épousées, et que l'insuffisance des biens qui lui restaient pour en répondre, était notoire.* L'exception faite par cet arrêt, à raison de circonstances particulières, confirme le principe général.

Je dois encore avouer qu'il semblerait que le contraire aurait été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 15 avril 1806, *section des requêtes*, rapporté dans le Recueil de Denevers, *même année*, *pag.* 360. Il s'agissait de savoir si l'acquéreur d'un immeuble, même après avoir purgé cet immeuble de toutes hypothèques, par des lettres de ratification scellées sans opposition, pouvait prendre inscription sur les biens affectés par le vendeur à la garantie, tant des hypothèques que de l'éviction ou de tout trouble quelconque; et l'affirmative fut adoptée. Mais, dans l'espèce de cet arrêt, il y avait des circonstances qui faisaient sortir de la thèse générale, et qui amenaient une décision particulière. Il était dit, dans une vente qui était faite de la terre de Landelle, que les vendeurs, qui étaient deux époux, « s'obligeaient, conjointement et solidairement, et sans division, de garantir, fournir et faire valoir en exemption et franchise de toutes dettes, hypothèques, dot, douaires, donations, substitutions, troubles, éviction, et de tous empêchemens quelconques, sous hypothèque de tous leurs biens meubles et immeubles présens et à venir. » Il était ajouté que, dans le cas où les vendeurs achèteraient la terre de Gren-

teville, « Ils feront l'emploi des 107,000 fr. (prix de la vente), *pour sûreté, par privilége spécial*, de la garantie qu'ils promettent à l'acquéreur de la terre de Landelle, et qu'au moyen de cet emploi, la terre de Grenteville sera et *demeurera* hypothéquée à la sûreté et garantie qui lui est promise par les vendeurs, *avec privilége spécial.* » La terre de Grenteville fut acquise avec stipulation d'emploi, et avec l'affectation d'hypothèque pour sûreté et garantie de la première vente. Des lettres de ratification, sur la vente de cette terre de Grenteville, furent scellées sans opposition. Ce fut sur cette même terre que frappa l'inscription de l'acquéreur de la terre de Landelle. Des clauses aussi extraordinaires annonçaient des craintes sur la solidité de l'acquisition de cette terre. On voit la terre de Grenteville frappée *d'un privilége spécial* pour la garantie de la première vente. De pareilles clauses ont pu être considérées sous un point de vue différent que la simple hypothèque générale de droit, ou même la stipulation de cette hypothèque qui n'aurait rien ajouté à la force de la loi qui la suppléait. Ce n'est pas que, d'après tous les autres faits énoncés dans le récit que contient le recueil, il ne soit permis de penser que l'inscription était sans fondement; mais la discussion ne paraît pas avoir reçu le développement dont elle était susceptible. On n'a pas fait entrevoir les graves inconvéniens qui résulteraient de la faculté qui serait accordée aux anciens acquéreurs de s'inscrire sur tous les biens des vendeurs, pour une garantie qui devient sans objet, dès qu'il n'existe aucun sujet de craindre des recherches et une éviction. On n'a vu dans l'espèce de l'arrêt qu'une question particulière, étrangère à l'intérêt général des familles; en sorte que je crois pouvoir dire, sous tous les rapports, que cet arrêt, d'ailleurs isolé, n'a pas jugé *in interminis* la question que j'ai présentée, et qu'il ne saurait fixer une jurisprudence.

L'étendue de la dissertation ne doit point étonner. Elle m'a paru nécessaire sous un double rapport. La question en elle-même est importante; l'expérience me l'apprend. D'ailleurs, il se présente, même d'après les dispositions de quelques articles du Code civil, de sérieuses difficultés sur des questions qui sont analogues à celle que je viens de traiter : je les prévois dans le cours de l'ouvrage; et je renvoie alors, pour abréger, à cette dissertation.

J'ai encore eu occasion de remarquer, relativement à des conventions faites sous la législation actuelle, qu'il y a certaines inscriptions prises en vertu d'affectation spéciale, quelquefois même sur des cautions, à raison de recherches que l'acquéreur redoutait. Les vendeurs n'avaient pas eu la précaution de stipuler que la mainlevée de l'inscription aurait lieu, lorsque la circonstance qui l'avait motivée viendrait à cesser. Or, dans ces cas qui sont assez fréquens, on peut se guider par les principes que je viens de développer.

Mon travail étant en cet état, et ce Traité étant même soumis à l'impression, j'ai eu connaissance d'un arrêt de la Cour royale de Limoges, du 9 mai 1812, qui a jugé la question en thèse, d'après les mêmes principes que j'ai exposés. La rédaction de cet arrêt qui est rapporté par Sirey, *vol. de* 1812, 2e *partie*, *pag.* 409, vaut, seule, un traité sur la question. Je crois devoir le faire transcrire à la suite de ma dissertation. Il suffit pour faire connaître les faits sur lesquels il a été rendu : on peut, d'ailleurs, les consulter dans le recueil.

« Considérant que le sort d'une inscription, pour recours de garantie au cas d'éviction, doit se décider par les risques auxquels l'acquéreur peut être exposé, à raison des charges ou des vices de la chose vendue dont le vendeur n'a pas donné connaissance lors du contrat de vente; que, quand il y a péril démontré d'une éviction à laquelle l'acquéreur peut être exposé, il y aurait iniquité de donner mainlevée de l'inscription; mais qu'il y aurait pareillement iniquité, en l'absence de tout danger, de laisser subsister une inscription

qui n'est alors qu'un acte vexatoire, sans but comme sans utilité; — Considérant que Jean-Baptiste Nicot, vendeur au contrat de vente du 29 janvier 1791, tenant le bien de Gondaud à titre d'héritier testamentaire d'Étienne Nicot, était bien grevé de substitution par le testament du 24 décembre 1780; mais que les substitutions ayant été abolies par la loi du 28 octobre, 1792, et ledit Jean-Baptiste Nicot ayant survécu à cette loi, il a été déchargé de rendre le bien du Gondaud à ceux qui, cessant cette loi, étaient appelés à le recueillir par l'effet de la substitution, et qu'il est ainsi devenu propriétaire incommutable du bien du Gondaud; que la loi elle-même garantit le sieur Parant, propriétaire actuel, de toutes évictions fondées sur la substitution comme elle en garantissait Jean-Baptiste Nicot, son vendeur, précédent propriétaire; — Considérant que le sieur Parant n'oppose et n'articule aucuns autres moyens apparens d'éviction; qu'il faudrait néanmoins qu'il articulât quelques cas positifs de droits de tiers préexistans à la vente, qui pussent un jour donner lieu à l'éviction; que s'il n'en articule point, c'est qu'il y a raison de croire qu'il n'en peut pas articuler; — Considérant que, le 25 floréal an 5, le sieur Parant a obtenu, sur le contrat du 29 janvier 1791, des lettres de ratification qui ont été scellées sans opposition; que, depuis le 29 janvier 1791 jusqu'à ce jour, le sieur Parant a joui du bien du Gondaud paisiblement et sans trouble de la part de qui ce soit; — Considérant que s'il est constant, dans le ressort du ci-devant parlement de Bordeaux, qu'il faut trente ans, même avec le titre, pour prescrire la propriété, il ne l'est pas moins que l'on peut, pour remplir la prescription complète, joindre sa position à celle de son auteur, si l'on a eu la chose à titre de legs, donation au achat, pourvu que l'une et l'autre ne soient point vicieuses, que la possession n'ait pas été interrompue et occupée intermédiairement, c'est-à-dire, entre la possession de celui qui prétend prescrire et celle de son auteur, que l'on ait possédé comme maître avec les qualités requises pour prescrire, et que l'auteur ait été dans le même cas, que le titre vienne de l'auteur même dont on veut joindre la possession à la sienne; que toutes ces circonstances se réunissent en faveur du sieur Parant, sur le bien du Gondaud, qu'il jouit paisiblement en vertu de son titre; que Jean-Baptiste Nicot, son vendeur, a paisiblement joui en vertu du testament de 1777, et par la faveur de la loi; qu'Étienne Nicot, son auteur, a également eu une possession paisible; qu'en joignant à sa possession celle d'Étienne et de Jean-Baptiste Nicot, le sieur Parant réunit sur sa tête plus de trente années de prescription, ce qui le met à l'abri d'éviction de la part de tous ceux qui prétendraient droit à la propriété du Gondaud; — Considérant que l'action en garantie dure bien trente ans, qui courent du jour de la demande en éviction, et non de la date du contrat; et qu'en ce sens, il paraîtrait que l'action de garantie n'est pas prescrite, mais qu'il est superflu de raisonner de la durée de l'action en garantie, lorsqu'il est évident que la possession du sieur Parant, celle de son vendeur et celle de l'auteur de son vendeur lui ont procuré une inscription plus que suffisante, puisqu'elle est plus que trentenaire, qui le met à l'abri d'éviction, qui ne permet pas d'admettre qu'il puisse être obligé d'exercer un recours en garantie; — Considérant que le bien du Gondaud étant, par les lettres de ratification scellées sans opposition, affranchi de toutes dettes et hypothèques, et par là de tous droits réels et fonciers que des tiers pourraient prétendre, il n'est pas juste de laisser subsister des inscriptions gênantes pour les héritiers Nicot, en même temps qu'elles sont sans avantage pour le sieur Parant; — La Cour réformant, ordonne la radiation des inscriptions, etc. »

Il est encore parvenu à ma connaissance un arrêt de la Cour de Riom, 2e chambre, rendu le 25 prairial an 13, entre le sieur Choussy et un particulier auquel il avait fait une vente bien avant la loi de brumaire an 7, qui, en confirmant un jugement du tribunal d'Ambert, avait jugé

la question en thèse, d'après les mêmes principes. L'arrêt est fondé sur ce qu'il n'existait aucune recherche hypothécaire, et sur ce qu'il n'y avait aucune crainte apparente d'éviction.

SECTION III.

Des objets qui sont, ou non susceptibles d'hypothèque. De l'indivisibilité de l'hypothèque et de la solidarité qui en résulte.

§ Ier.

Des objets susceptibles, ou non, d'hypothèque.

SOMMAIRE.

140. Il y a, sur cette matière, un principe élémentaire, qui est que rien ne peut

être hypothéqué de ce qui n'est point dans le commerce. L'art. 2118 du Code civil, en déclarant susceptibles d'hypothèque les biens immobiliers, ajoute, *qui sont dans le commerce.* Telle a été, en effet, la condition exigée par toutes les législations pour la validité de l'hypothèque. Une foule de lois romaines rappellent ce principe, et le rattachent à celui que j'ai déjà expliqué dans le § III de la section 1re du présent chapitre, qui est que l'on ne peut hypothéquer que ce qu'on peut vendre, la faculté d'hypothéquer étant subordonnée à celle d'aliéner. Loi 1re, ff. *quæ res. pign.* L. 9, *cod., de pignor et hypoth.*; et Denis Godefroi, sur cette dernière loi.

Je croirais sortir de mon sujet si j'entreprenais d'expliquer quelles sont les propriétés qui sont, ou non, dans le commerce, et qui, par conséquent, peuvent ou non être vendues. Cela ne tient pas aux principes particuliers de la matière des hypothèques, mais bien aux principes généraux du droit; d'ailleurs, ces principes qui ont été érigés en lois par plusieurs articles du Code civil, ont encore été exposés par plusieurs auteurs; ils sont tellement élémentaires, si connus et même usuels, qu'il est difficile de se méprendre sur leur applicatiou. J'expliquerai donc seulement quels sont ceux des objets qui, étant d'ailleurs dans le commerce, sont ou non susceptibles d'hypothèque.

Pour se former des idées précises à ce sujet, il faut combiner tout le chap. 1er, tit. 1er du liv. 2 du Code civil, et surtout l'art. 526, avec les art. 2118 et 2116 du même Code. Le chapitre que je viens d'indiquer contient la classification qui devait être faite des propriétés, en meubles, en immeubles et en droits immobiliers. On y voit ce qui est immeuble par sa nature, ce qui est meuble naturellement, mais qui prend le caractère d'immeuble par sa destination, et enfin, quelles sont les choses qui deviennent immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent.

Mais, dans tous les objets énoncés dans ce chapitre, quoique plusieurs soient réputés immobiliers, il faut déterminer ce qui est proprement susceptible d'hypothèque. C'est aussi ce que la loi a fait dans l'art. 2118. Il y est dit : « Sont seuls susceptibles d'hypothèque, 1° les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles; 2° l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée. » De cette disposition il résulte que les objets qui sont vraiment meubles en eux-mêmes, mais qui sont réputés immeubles par destination, ne sont tels qu'accidentellement et momentanément; en sorte que si ces objets sont séparés des immeubles à la nature desquels ils participaient par l'effet de leur adhésion, ils reprennent leur qualité de meubles, et dès lors ils sont soustraits à l'hypothèque sous laquelle ils étaient compris avant leur séparation. Ils deviennent meubles comme tous autres meubles meublans et effets purement mobiliers, qui ne sont point susceptibles d'hypothèque, d'après l'art. 2119, qui est conçu en ces termes : « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. »

Je dois cependant faire observer que ce que je viens de dire souffre quelques exceptions. Il peut y avoir des objets mobiliers de leur nature, mais immeubles par adhésion, qui, quoique retirés ou arrachés momentanément, pour leur propre conservation, mais avec le dessein de les replacer selon leur première destination, seraient toujours réputés immeubles, et, par conséquent, soumis à l'hypothèque; c'est toujours la destination qui conserve l'immobilisation. On peut consulter, à ce sujet, Pothier, dans ses notes sur les articles 352 et suivans de la Coutume d'Orléans [1]. Un arrêt de la Cour de cassation,

[1] Le désir d'instruire a porté ce savant auteur à entrer dans les plus petits détails à ce sujet. Il dit que les fleurs sont censées faire partie de la terre qui les a produites, ou qui les nourrit; même, ajouta-t-il, les ognons qui en ont été tirés pendant l'hiver, pour y être replantés, conservent leur nature d'héritage, *à cause de leur destination.* A l'égard des fleurs et arbustes qui sont dans des vases ou des caisses, il n'est pas douteux, dit cet auteur, que ce sont des meubles.

du 4 février 1817, qu'on trouve dans le recueil de Denevers, *même année*, *p.* 115, a jugé que les tonneaux qui servaient dans une brasserie à transporter la bière chez les particuliers doivent être considérés comme immeubles par destination, et sont toujours soumis aux hypothèques comme la brasserie. Cela a été ainsi décidé, même dans le cas d'une vente isolée, faite après la mort du débiteur, poursuivie par un curateur nommé à sa succession vacante.

On peut dire encore qu'une hypothèque donnée sur un domaine frappe sur tous les bestiaux qui le garnissent, et sur tous les autres objets, qui, d'après l'art. 524 du Code civil, deviennent immeubles par destination, sans qu'il soit nécessaire qu'il y en ait une stipulation expresse. La raison en est que l'accessoire suit toujours de droit le principal. Il en doit être de même des accessoires d'une maison, immobilisés par l'art. 525 du même Code. La Cour royale de Riom, 1re chambre, a jugé, par un arrêt du 31 août 1820, que les bestiaux d'un domaine, même les moutons et brebis qui étaient compris dans le cheptel fait au fermier ou métayer du domaine, étaient compris de droit dans la saisie immobilière de ce domaine, et dans l'adjudication, quoique dans l'une et dans l'autre on eût gardé le silence sur les gros bestiaux et sur les bêtes à laine. Cela tient au même principe qui vient d'être exposé. L'art. 2204 du Code civil, duquel on tirait une induction contraire, confirme plutôt ce principe qu'il ne le détruit. Ce qui prouve encore ce qui vient d'être dit, c'est qu'il est constant en jurisprudence que l'état prescrit pour une donation entre-vifs des meubles, par l'article 948 du Code civil, n'est pas nécessaire pour les objets mobiliers de leur nature, soit bestiaux, ou autres, mais qui deviennent accessoires de l'immeuble donné.

Mais il est essentiel de remarquer qu'il y a des droits qui sont incorporels, et qui néanmoins ont le caractère de *droits réels immobiliers*, et qui sont susceptibles d'hypothèque, comme ce qui est proprement immeuble. Il faut se garder de confondre ces *droits réels immobiliers* avec certains autres droits que la loi déclare être immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, qui ne sont cependant pas susceptibles d'hypothèque, tels que les actions qui tendent à revendiquer un immeuble dont il est parlé dans l'art. 529 du Code civil. Tout ce qui a un caractère d'immeuble, par opposition à ce qui est seulement meuble, n'est pas pour cela susceptible d'hypothèque.

Ainsi, par *droits réels immobiliers* qui sont susceptibles d'hypothèque, on doit entendre des droits qui, quoiqu'incorporels, affectent tellement l'immeuble qu'ils ne peuvent en être détachés, qu'ils participent de sa nature, et qui forment des propriétés particulières qui peuvent être jouies par tous autres que par le propriétaire même de l'immeuble qui en est grevé.

Un droit de pacage qu'aurait un particulier sur des propriétés rurales appartenantes à un individu, un droit de glandée, un droit d'usage pour chauffage dans des forêts, peuvent être mis dans la classe des droits réels immobiliers. Ils sont ordinairement attachés à un corps de domaine et le suivent. Un droit dont les exemples ne sont pas rares, qui consisterait à faire moudre à un moulin tous les grains à l'usage des personnes qui habiteraient telle maison ou tel domaine, tous ces droits, et autres semblables, sont autant de *droits réels immobiliers* qui, comme l'immeuble même qu'ils frappent, sont susceptibles d'hypothèque. On peut appliquer à ces droits les termes de l'article 2181 du Code civil, où il est dit : « Les contrats translatifs de la propriété d'immeuble, ou *droits réels immobiliers*, que les tiers détenteurs voudront purger de privilèges et hypothèques, seront transcrits, etc. »

J'ai vu quelque part que l'on doit considérer comme faisant partie de l'immeuble les échalas, quoique séparés des ceps, lorsqu'ils sont conservés en tas pour servir à la même destination ou travail prochain des vignes. Ce qu'il y a de vrai, c'est que cela doit être, par les mêmes raisons déduites par Pothier.

Ainsi, d'après cette dernière remarque, si l'on combine les art. 2118 et 2181, on doit considérer comme objets susceptibles d'hypothèque, 1° les immeubles proprement dits; 2° leurs accessoires réputés immeubles; 3° les droits réels immobiliers, de la nature de ceux que je viens d'indiquer.

141. L'art. 2119 a fait disparaître d'anciens usages qui prenaient leur source dans le droit romain, et qui s'étaient conservés dans quelques parties de la France, où les immeubles étaient encore susceptibles d'hyothèque. Cette législation était infiniment vicieuse; elle était contraire à la nature des choses. On sent en effet combien il était difficile de fonder, avec quelque stabilité, une hypothèque sur des objets sujets à dépérir, et qui pouvaient disparaître si facilement.

La Cour de cassation a jugé, par un arrêt du 17 mars 1807, rapporté par Denevers, *même année*, *pag.* 158, qu'on ne pouvait pas réclamer, sous l'empire de la loi de brumaire (ce qui doit s'appliquer au Code civil), l'affectation hypothécaire sur des objets mobiliers pour des créances anciennes qui, d'après ces coutumes particulières, telle que celle de Bretagne, emportaient hypothèque sur les meubles comme sur les immeubles. La difficulté consistait en ce qu'il semblait que c'était donner un effet rétroactif à la loi. Mais il paraissait aussi que telle avait été l'intention du législateur. La Cour de cassation jugea qu'il résultait de la combinaison des diverses dispositions de la loi de brumaire, et de son ensemble, ce qu'on peut dire encore du Code civil, que les hypothèques sur les meubles n'avaient plus lieu *tant pour le passé que pour l'avenir*[1]. On ne conçoit pas d'ailleurs, relativement aux meubles, la possibilité de l'inscription. Cette inscription est exigée, à la vérité, par rapport à d'autres objets qui, anciennement, étaient susceptibles d'hypothèque, et qui ont cessé de l'être par les dispositions des lois nouvelles, tels que les rentes dont je parlerai dans la suite. Mais dans ce cas, quoique ces objets fussent des droits incorporel, immeubles seulement par fiction, l'inscription était possible. Ainsi, de la disposition de l'art. 2118 du Code civil, il se tire une conséquence importante, et qui fera la base principale de tout ce que j'aurai à dire dans ce §; c'est qu'après les biens immobiliers, et leurs accessoires réputés immeubles, il n'y a que l'usufruit de ces mêmes objets qui soit susceptible d'hypothèque, pendant le temps de sa durée.

142. Mais de ce qu'en général les immeubles sont les seuls objets susceptibles d'hypothèque, et que les lois n'y ont assujetti les fruits que tant qu'ils sont pendans par racine, il ne faut pas en conclure que ces fruits, même après leur perception, ou les sommes qui les représentent, ne puissent pas être poursuivis de la part des créanciers inscrits sur l'immeuble qui les a produits, pour être distribués entre eux, selon le rang de leurs hypothèques. C'était un principe ancien que les fruits ou des sommes qui les représentent, étaient immobilisés en faveur des créanciers. D'Héricourt, *de la vente des immeubles*, *chap.* 11, *n°* 1er, donnait comme un principe admis sans aucune difficulté en pratique, que « l'ordre est un jugement qui fixe le rang dans lequel les créanciers qui ont formé opposition au décret, doivent être payés sur les derniers provenans du prix du fonds vendu, *et sur ceux qui sont entre les mains du commissaire aux saisies réelles*, *provenans des baux judiciaires des mêmes biens*, suivant l'ordre des privilèges et des hypothèques, ou comme créanciers chirographaires, pour ceux qui n'ont point d'hypothèque. » Pothier, *Introd. au titre* 21 *de la Cout. d'Orléans*, *nos* 123

[1] Les magistrats ne doivent jamais se permettre de donner un effet rétroactif aux lois, *art.* 2 *du Code civil*; mais ils y sont forcés, lorsque la loi elle-même est rétroactive dans sa disposition. Le principe que les lois ne doivent point agir sur le passé, est consigné dans la loi 7, au Code *de legibus*. Mais on y voit cette modification : *Nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis gestum est.* Le législateur doit être très discret sur les rétroactivités : aussi les exemples en sont heureusement très rares.

et 124, disait que l'ordre est le rang dans lequel le saisissant et chacun des opposans doivent être payés sur le prix de l'adjudication, *et sur les revenus perçus depuis la saisie réelle, par le commissaire.* Les créanciers, ajoutait-il, doivent être payés par ordre de leurs priviléges et hypothèques, *sur les revenus* comme sur le prix de l'adjudication : car, par la saisie de l'héritage, *ils ont acquis le droit d'en jouir en déductions de leurs créances*, selon leur rang.

Parmi nous, le même principe émane de l'art. 2166 du Code civil. Cet article accorde au créancier inscrit un droit de suite sur l'immeuble grevé de l'hypothèque, *en quelques mains qu'il passe.* De là il résulte qu'après l'inscription, et toutes les fois que l'hypothèque est exercée sur l'immeuble personne ne peut en jouir au préjudice des créanciers. Les fruits deviennent, comme le fonds même, l'objet de l'hypothèque, et le gage de la créance. Les sommes qui les représentent, doivent, comme le prix de l'immeuble même, être distribuées selon le rang des hypothèques.

Je dis que cette affectation des fruits ou des sommes qui en sont provenues en faveur des créanciers, n'a lieu que lorsqu'il y a de leur part un exercice de l'hypothèque. A ce sujet je dois remarquer, pour éviter toute confusion dans les idées, que l'inscription seule n'est pas, à proprement parler, un acte de l'exercice de l'hypothèque; elle n'a pas le caractère de tout ce qui est poursuite de l'hypothèque; elle est seulement un signe de l'existence de l'hypothèque pour avertir les tiers. Mais cette hypothèque n'est point encore en mouvement, puisque l'inscription peut être effacée par l'acquittement ou par l'extinction de la créance. Ce mouvement ne commence qu'aux poursuites, dont l'objet est de parvenir au délaissement ou à l'expropriation de l'immeuble hypothéqué, afin d'opérer le paiement de la créance, qui a été le but de l'hypothèque. En sorte que l'inscription seule n'empêche nullement que le débiteur n'ait la pleine propriété de l'immeuble qu'il a hypothéqué, et qu'il ne jouisse de tous les droits attachés à la propriété. Cette idée est la clef de plusieurs principes en cette matière, et elle mérite une attention particulière. Ainsi, hors du cas de l'exercice de l'hypothèque dans lequel je viens de m'en expliquer, et si, par exemple, il s'agissait de saisies et arrêts qui eussent été faits de fermage échus avant qu'une saisie immobilière eût été dénoncée, on devrait procéder entre les créanciers saisissans comme on le fait ordinairement en matière de saisies et arrêts de sommes mobilières.

La conséquence du principe que je viens d'exposer, et qui dérive de l'article 2166 du Code civil, se trouve dans l'art. 689 du Code de procédure : « Les fruits échus depuis la dénonciation au saisi (exigée par l'art. 681) seront immobilisés, pour être distribués avec le prix de l'immeuble *par ordre d'hypothèques.* » Si les immeubles saisis ne sont pas loués ou affermés, l'art. 688 veut que le saisi en reste en possession jusqu'à la vente, comme séquestre judiciaire, à moins qu'il ne soit autrement ordonné par le juge, sur la réclamation d'un ou plusieurs créanciers. L'art. 691 règle ensuite l'effet du bail de ferme, dans le cas où il en existerait un au moment de la saisie. Si le bail n'a pas de date certaine avant le commandement, la nullité pourra en être prononcée, si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent. Si le bail a une date certaine, les créanciers pourront saisir et arrêter les fermages, et, dans ce cas, il en sera des loyers ou fermages *échus depuis la dénonciation faite au saisi*, comme des fruits *mentionnés en l'art.* 689.

J'ai dû rapprocher ces trois art., 688, 689 et 691 du Code de procédure, de l'art. 2166 du Code civil, pour établir ce principe important de l'immobilisation des fruits, comme étant une suite de l'immeuble grevé d'hypothèque. On voit encore que, par une conséquence de l'immobilisation des fruits ou des sommes qui les représentent, le débiteur ne peut rien faire qui nuise, à cet égard, aux créanciers. Il ne peut point préjudicier à leur droit par un bail de ferme qui aurait les

caractères de la fraude, qui serait fait à longues années, et qui contiendrait l'acquittement des fermages par anticipation. Or, sous le rapport de l'effet des baux de ferme, dans le cas dont il s'agit, l'article 691 est devenu le sujet de difficultés sérieuses. Elles se lient trop fortement avec le principe de l'immobilisation des fruits, pour ne pas m'expliquer en même temps sur ces difficultés.

On sent combien on devait porter de soins et d'attention à déterminer l'effet que devait avoir un bail de ferme fait par un débiteur, dans les circonstances dont il s'agit. On conçoit avec quelle facilité ce débiteur, en abusant de ce que l'hypothèque ni l'inscription ne le dépouillent pas de la propriété, pourrait affaiblir le gage des créances, par un bail de ferme fait à longues années, surtout si ce bail contenait la quittance par anticipation des fermages pour toute la durée du bail. Au moment où il se verrait menacé d'une poursuite en expropriation, il pourrait, en faisant un pareil bail de ferme, affecter à son profit particulier une partie même de la propriété qu'il aurait hypothéquée; manœuvre qui tournerait évidemment au préjudice des créanciers. Sous l'ancienne législation, il y avait un principe qui prévenait de pareils inconvéniens. Les baux de ferme ne pouvaient excéder neuf ans, et le paiement des fermages ne pouvait être fait par anticipation, au préjudice des tiers, que pour un an. C'était un moyen d'empêcher des fraudes. Mais on ne trouve pas le même remède dans notre législation actuelle; elle n'a point limité la durée des baux de ferme, et on n'y voit pas la défense d'anticiper de plus d'un an le paiement des fermages, relativement aux tiers.

Quel est le résultat de l'art. 691 du Code de procédure? Cet article a d'abord en vue l'époque à laquelle un bail de ferme, fait par le débiteur, pourrait devenir suspect. Cette époque est celle du commandement. Si le bail de ferme n'a pas une date certaine avant le commandement, la loi le réprouve comme frauduleux, la nullité pourra en être prononcée; si, au contraire, le bail a une date certaine avant ce commandement, alors les créanciers sont réduits à la faculté de faire saisir et arrêter les loyers ou fermages; et, dans ce cas, d'après le principe de l'immobilisation des fruits, dès le moment de l'exercice de l'hypothèque, il en sera des loyers ou fermages échus *depuis la dénonciation faite au saisi*, comme des fruits mentionnés en l'art. 689, c'est-à-dire, que ces loyers et fermages seront distribués avec le prix de l'immeuble *par ordre d'hypothèques*.

Mais lorsqu'il est dit dans cet article que, dans le cas où le bail de ferme a une date certaine avant le commandement, les créanciers *pourront saisir et arrêter les loyers ou fermages*, l'article suppose nécessairement que le bail ne contient point quittance, par anticipation, des loyers ou fermages, et qu'ils doivent être au pouvoir du locataire ou du fermier. Cependant le paiement, par anticipation, peut avoir été stipulé dans le bail à ferme ou à loyer, lors même qu'il a une date certaine avant le commandement; et, dans ce cas, le bail devra-t-il toujours avoir son exécution? Comment réparer le préjudice qui en résultera pour les créanciers qui n'auront pas la faculté de saisir et arrêter les loyers ou fermages dont le fermier ou locataire paraîtrait s'être libéré? Telle est la difficulté dont on ne trouve la solution ni dans cet art. 691, ni dans aucun autre.

Cette difficulté a été le sujet d'une forte sollicitude de la part du Tribunat, lors de la rédaction du Code de procédure. M. Tarrible a ensuite manifesté la même sollicitude dans une discussion qu'il a établie, à ce sujet, dans son article inséré au Répertoire de jurisprudence, aux mots *Tiers détenteurs*, n° 4. Pour tâcher de prévenir les fraudes, la section de législation du Tribunat proposait d'insérer deux articles à la suite de l'art. 691. Le premier était ainsi conçu : « Pour quelque temps qu'aient été faits les baux à ferme ou à loyer, ils seront exécutés pour tout le temps qui aura été convenu, si, à l'époque où ils ont été faits, il n'y avait pas d'inscription hypothécaire sur les im-

meubles. Dans le cas où il y aurait une ou plusieurs inscriptions à ladite époque, leur durée sera toujours restreinte, relativement à l'adjudicataire, au temps de la plus longue durée des baux, suivant l'usage des lieux, à partir de l'adjudication, sauf tout recours contre le saisi. »

Le second article portait : « Dans le cas où, lors des baux à ferme ou à loyer, il y aurait eu des inscriptions hypothécaires sur les immeubles, les paiemens faits par anticipation par les fermiers ou locataires, ne vaudront contre les créanciers et l'adjudicataire, que pour l'année dans laquelle l'adjudication est faite. »

On voit que, dans le système du Tribunat, l'époque de l'inscription était choisie pour déterminer la présomption de la fraude, tandis que, d'après l'esprit de l'art. 691, c'était seulement l'époque du commandement qui devait fixer les idées sur la fraude.

M. Tarrible se décide dans le sens des deux articles proposés par le Tribunat. Il convenait que ces deux articles n'avaient pas été adoptés; mais, disait-il, leurs dispositions, surtout pour ce qui concerne l'anticipation, étaient si justes et si sages, que leur rejet ne peut guère être attribué qu'à l'opinion où devait être le Conseil d'état, que les autres dispositions des codes suffisaient pour atteindre le même but. M. Tarrible, en suivant son idée, se livre à une discussion étendue, à laquelle je me contente de renvoyer, pour établir comme positif le principe que la prolongation du bail de ferme à longues années et le paiement par anticipation doivent être annulés, comme portant atteinte au droit du créancier résultant de son hypothèque inscrite. Il compare ces deux cas à celui d'un usufruit constitué au profit d'un tiers sur l'immeuble hypothéqué, lequel usufruit pourrait être suivi, sans contredit, par l'exercice de l'hypothèque, comme pourrait l'être la propriété même.

Mais écoutons ce que dit M. Locré, dans son ouvrage intitulé : *Esprit du Code de procédure*, ouvrage qui contient une analyse aussi exacte des discussions qui eurent lieu lors de la rédaction de ce Code, que celle qu'il avait déjà faite des discussions qui avaient préparé le Code civil. Il s'en explique, tome 3e, sur l'article 691. Il est essentiel de remarquer que l'ouvrage de M. Locré a paru après l'impression du Répertoire de jurisprudence, où était inséré l'article de M. Tarrible. M. Locré rapporte les deux articles proposés par le Tribunat. Il fait connaître les motifs sur lesquels ils étaient fondés. On pénètre facilement ces motifs. Le bail de ferme, qui aurait eu une date certaine, ayant été fait même avec quittance des fermages par anticipation; à une époque où il n'y aurait point eu d'inscriptions, les créanciers n'avaient pas à s'en plaindre, puisqu'à cette époque le propriétaire pouvait disposer librement de l'immeuble; il aurait pu le vendre ou l'hypothéquer avec effet. Au lieu que si le bail de ferme était fait après que des inscriptions auraient été prises, ce bail de ferme devenait suspect, étant fait pour longues années, et avec anticipation de paiement des fermages. N'y eût-il pas anticipation de paiement, la longue durée du bail devait gêner un adjudicataire. Y aurait-il anticipation de paiement, la longue durée du bail, sans paiement d'un prix annuel, diminuait la valeur de l'immeuble.

Et que dit ensuite M. Locré? « Ces dispositions (contenues dans les deux articles proposés) auraient trop gêné les transactions et l'usage de la propriété. *On a donc persisté* à ne regarder comme suspects que les baux faits *depuis le commandement*, et l'on s'est borné à autoriser la saisie des loyers et fermages. Au reste, chacun sait que s'il y avait fraude, les créanciers pourraient aller plus loin, car le dol est excepté de toutes les règles. » On connaît, en effet, à ce sujet, la disposition des lois romaines, celles de l'article 1167 du Code civil et de l'art. 445 du Code de commerce. On sent toute l'impression que doit faire l'analyse présentée par M. Locré. On y voit la véritable cause du rejet des deux articles proposés par le Tribunat.

Quelle est donc la conséquence qu'on

doit tirer de l'art. 691 ? C'est que par cela seul que le bail à ferme ou à loyer a une date certaine avant le commandement fait au débiteur, ce bail, quand il contiendrait même la stipulation de paiemens faits par anticipation, ne serait point nul de droit. Mais aussi tous les moyens de nullité, à raison du dol et de la fraude, sont réservés aux créanciers et à toutes parties intéressées. Les tribunaux ne pourront qu'être sévères lorsqu'il s'agira d'apprécier, d'après les faits qui pourront se présenter, un bail de ferme fait dans une semblable circonstance, surtout avec anticipation de paiemens.

Je n'ai eu en vue, jusqu'à présent, relativement aux fraudes dont un bail de ferme peut être infecté, que le cas où l'exercice de l'hypothèque tendait à l'expropriation forcée, parce que c'est celui dans lequel la fraude de la part d'un débiteur est plus à craindre, et où elle se pratique, en effet, plus communément. Cependant, abstraction faite d'un bail de ferme, et de l'application des dispositions des art. 888, 889 et 691 du Code de procédure, il pourrait arriver qu'une vente qui serait faite par un débiteur contînt des clauses qui préjudicieraient aux créanciers inscrits sur l'immeuble vendu; et alors on doit se décider par les principes généraux établis en matière de fraude, parce que toujours les cas de fraude sont excepté des dispositions des lois.

Ainsi d'après l'art. 892 du Code de procédure, la vente de l'immeuble saisi serait nulle, si elle était postérieure à la dénonciation qui aurait été faite au débiteur, de la saisie. Cependant, suivant l'art. 893, elle peut être valable, sous des conditions qui, lorsqu'elles sont exécutées, excluent toute idée de fraude.

A l'égard d'une vente qui serait faite par le débiteur, même lorsqu'il existerait des inscriptions, il est de toute évidence que l'existence de ces inscriptions n'influe en aucune manière sur l'effet de la vente. Il ne pourrait y avoir quelques clauses préjudiciables aux créanciers, que sous le rapport des intérêts du prix. Or, rien n'empêche que l'acquéreur ne paie les intérêts du prix au vendeur. Il ne les devrait que dans deux cas aux créanciers, malgré toute clause contraire qui serait insérée dans la vente. Cela arriverait, 1° si, avant toutes mesures pour purger, il était fait une sommation à l'acquéreur, aux termes de l'art. 2176 du Code civil : dès cette époque, le tiers détenteur devrait les jouissances, et ces jouissances doivent être représentées par les intérêts; 2° si, n'y ayant pas de sommation, l'acquéreur prenait les mesures pour purger, en observant les formalités prescrites par l'art. 2183 du même Code. Il est obligé, dans ce cas, d'après l'art. 2184, d'offrir d'acquitter sur le champ le prix de la vente, et il serait contradictoire qu'il ne dût pas les intérêts de ce prix à compter de cette offre. On ne pourrait tirer aucune induction de la disposition de l'art. 691 du Code de procédure, pour justifier, dans le cas de la vente, un paiement par anticipation des intérêts du prix au préjudice des créanciers. Il s'agit de cas différens, et, sur une pareille matière, il ne doit point se faire d'extension d'un cas à un autre. Cela est d'autant plus vrai, pour le cas de la vente, que la présomption est toujours au moins, au regard des créanciers, que l'acquéreur est saisi du prix de la vente, et que s'il s'en est libéré, il n'a entendu le faire que sous la condition qu'il ne laisserait pas de le rapporter aux créanciers avec les intérêts, à compter de l'époque à laquelle ils devraient courir à leur profit.

Il est utile de connaître, sur cette matière, un arrêt de la Conr de cassation, du 3 novembre 1813, rapporté par Denevers, *même année, pag.* 556. On y verra la confirmation des principes sur l'immobilisation des fruits en faveur des créanciers, et on s'y formera des idées sur les fraudes qui peuvent être commises pour empêcher l'effet de cette immobilisation.

Dans l'espèce de cet arrêt, le sieur Binda, débiteur de la dame de Montaleuge, avait, par actes notariés, des 1er et 7 février 1809, cédé à celle-ci, en paiement, tous les loyers qui seraient dus au débiteur, jusqu'au mois de septembre 1810, par les

locataires d'une maison qui lui appartenait. La dame de Montaleuge fit notifier de suite l'acte de cession aux locataires. Mais par acte notarié, du 3 novembre de la même année 1809, le sieur Binda vendit sa maison au sieur Merletti, moyennant 15,000 fr. L'acquéreur promit de payer au créancier du vendeur, d'après un jugement d'ordre, le prix de son acquisition, avec les intérêts qui commenceraient à courir du jour de la vente, en compensation des loyers que cet acquéreur serait en droit de percevoir à compter du même jour. Le sieur Merletti fit transcrire son contrat d'acquisition, et le fit notifier aux créanciers inscrits. Il avait payé les intérêts du prix, à compter de son acquisition, aux créanciers, avec subrogation. L'ordre s'ouvrit. La dame Montaleuge et le sieur Merletti réclamèrent respectivement, par préférence l'un sur l'autre, les loyers, même échus postérieurement à la vente, savoir, la dame Montaleuge, comme en ayant été saisie en vertu de sa cession notifiée, et le sieur Merletti, par droit d'hypothèque sur ces mêmes loyers, comme étant subrogé aux droits des créanciers inscrits. La prétention du sieur Merletti fut accueillie. Pour abréger, je renvoie à la discussion rapportée dans le recueil, et je donnerai seulement les principaux motifs de l'arrêt. « Attendu qu'il résulte de la disposition de l'art. 2168, que les créanciers qui ont acquis privilége et hypothèque sur l'immeuble, ont droit non seulement sur le prix de l'aliénation de cet immeuble, mais encore sur les intérêts du prix, à compter du jour de l'aliénation. Qu'en effet, à compter de l'aliénation faite par le débiteur, ou prononcée contre lui, le prix entier de la vente volontaire ou de l'adjudication forcée, appartient et doit être distribué aux créanciers inscrits jusqu'à concurrence de leurs créances, et que ce prix se compose non seulement de la somme principale qui a été fixée pour l'aliénation, mais encore des intérêts à échoir, *qui sont un accessoire du principal;* d'où il suit que les créanciers inscrits ont droit à ces intérêts, nonobstant toutes ventes ou cessions anticipées qui pourraient avoir été faites par le débiteur, ou de ces intérêts ou des revenus qui les représentent; qu'autrement le débiteur qui serait menacé d'une expropriation forcée, ou qui aurait l'intention de vendre, pourrait impunément porter préjudice aux droits de ses créanciers inscrits, et s'enrichir à leurs dépens, en consentant des ventes ou cessions à prix comptant des revenus de l'immeuble hypothéqué, pour un grand nombre d'années à échoir. Qu'aussi l'art. 2091 dispose expressément que l'antichrèse qui a été consentie par le débiteur, ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse, et que l'antichrèse n'étant autre chose que la cession des fruits d'un immeuble, il est évident que la cession des revenus qui ne doivent échoir qu'après l'aliénation de l'immeuble, ne peut, pas plus que l'antichrèse, être opposée aux tiers qui ont des droits hypothécaires sur l'immeuble aliéné. »

Lorsque je me suis déterminé à rapporter cet arrêt de la Cour de cassation, c'est principalement pour établir le principe de l'immobilisation des fruits, et pour prouver que cette immobilisation pouvait se faire dans le cas d'une vente volontaire, comme dans celui de l'expropriation par saisie immobilière. Cependant, d'après les expressions un peu trop générales des motifs de cet arrêt, on pourrait croire que, dans le cas de la vente volonsaire, l'immobilisation des fruits peut avoir lieu indéfiniment en faveur des créanciers inscrits, à compter de la vente même. Mais on ne doit pas prendre ces expressions à la lettre. Il ne se fait point d'immobilisation des fruits à partir de la veute : les inscriptions seules ne peuvent porter atteinte au droit de propriété du vendeur, d'après lequel il peut disposer des fruits, et l'acquéreur qui le représente a les mêmes droits. L'immobilisation, dans le cas de la vente volontaire, ne peut s'opérer que lorsqu'il y a des actes qui constateut l'exercice de l'hypothèque de la part des créanciers. Il s'en trouvait dans l'espèce de l'arrêt; en sorte que la

généralités de ces motifs doit être modifiée par les circonstances qui peuvent donner lieu à l'immobilisation. Voyez, au surplus, ce que je dis dans la section IV du 1er chap. de la 2e partie, où je traite la question de savoir de quel jour l'acquéreur qui prend les mesures pour purger les hypothèques, doit aux créanciers inscrits les intérêts du prix de la vente.

143. Par rapport à l'emphytéose, on doit faire attention à une différence qui existe entre la loi de brumaire et le Code civil. Cette loi, art. 6, indiquait également, comme immeuble susceptible d'hypothèque, la jouissance *à titre d'emphytéose*, et l'usufruit pendant sa durée, tandis que l'art. 2118 du Code civil garde le silence sur la jouissance à titre d'emphytéose. De là il résulte que les jouissances d'un fonds donné par bail d'emphytéose, qui ne pourrait être qu'une espèce de bail de ferme à longues années, et moyennant des charges d'implantations ou améliorations, qui ne sont pas celles ordinaires des baux de ferme, ne seraient pas un objet susceptible d'hypothèque. Il faudrait, en pareil cas, suivre les règles des saisies de fruits. Le droit du fermier ou du locataire, de quelque durée que soit le bail, n'est pas un droit dans la chose, *jus in re*, mais seulement une action personnelle contre le propriétaire, *ut præstetur ipsi frui licere*. Et les fruits étant perçus devenant meubles, le droit du fermier ne tend qu'à acquérir des meubles, et dès lors il n'est qu'un droit mobilier.

144. Quant à l'usufruit, il a, de tout temps, été susceptible d'hypothèque, parce qu'à la différence du droit de jouir de la part d'un fermier, il est un droit réel, *jus in re*, et, par conséquent, il est un droit immobilier. Aussi l'usufruit est-il, comme les immeubles, susceptible d'une poursuite en expropriation (article 2204 du Code civil). Tout cela est si vrai, qu'il a été décidé par le grand-juge ministre de la justice, et par le ministre des finances, dans des instructions des 7 et 22 mars 1807, que l'inscription ne devait point être prise d'office pour la conservation d'un usufruit réservé par le vendeur ou par le donateur. Ces instructions sont motivées sur ce que l'usufruit n'est pas une *créance*, mais une propriété *immobilière*, *un droit réel*; et que l'acquéreur ne peut transmettre à des tiers plus de droit qu'il n'en a lui-même. Il y est dit que cela doit également être observé dans le cas de la réserve des droits *d'usage et d'habitation* en faveur du vendeur ou du donateur, quoique ces droits soient des servitudes personnelles et incessibles. Ces instructions sont rapportées par Sirey, *an* 1809, *pag.* 229, 2e *partie*.

Il y a une remarque importante à faire, qui est que lorsque la nue propriété d'un immeuble a été hypothéquée à une époque où l'usufruit appartenait à une autre, lorsque cet usufruit, par la mort de l'usufruitier, ou par la cession faite par celui-ci au propriétaire, se consolide à la propriété, l'hypothèque, quoique constituée seulement sur la nue propriété, porte sur le nue propriété pleine, c'est-à-dire, sur ce qui était auparavant nue propriété et usufruit. Telle est la disposition de la loi 18, ff. *de pignorat. act.*, § 1er : *Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit.* Mornac, sur cette loi, rappelle cette maxime, *quod accedit pignori, pignus est.* Le droit incorporel immobilier étant réuni à l'immeuble auquel il s'appliquait, il ne reste qu'une seule chose, qui est l'immeuble même dégagé de toute charge.

Il en est de même, et par une raison semblable, de ce qui accroît et s'unit à l'immeuble hypothéqué, par l'effet de l'alluvion qui fait le sujet de l'art. 556 du Code civil. *Eadem causa est alluvionis*, dit la loi 18 ci-dessus citée, après avoir parlé de la consolidation de l'usufruit à la propriété. Telle est encore la disposition de la loi 16, ff. *de pignor. et hypoth.* : *Si fundus hypothecæ datus sit, deinde alluvione major factus est; totus obligatur.* Il faut remarquer que l'alluvion profite à l'usufruitier, comme au propriétaire, même d'après l'art. 596 du Code civil, et par conséquent l'augmentation survenue par

l'effet de l'alluvion entre dans l'hypothèque sous laquelle était l'usufruit.

Il peut s'élever la question de savoir si l'usufruit d'une propriété déjà hypothéquée, étant une fois consolidée à cette propriété, le propriétaire débiteur peut ensuite faire revivre cet usufruit en faveur de tout autre, et ne laisser sous le joug de l'hypothèque que la nue propriété qui en était seulement grevée. On doit se décider pour la négative. La consolidation de l'usufruit à la propriété a formé de ces deux objets un tout qui, dès ce moment, a été soumis à l'hypothèque; et cette hypothèque une fois existante, n'a pu être détruite ni atténuée par le seul fait du débiteur, au préjudice du créancier. Le droit de consolidation ou réunion a profité tant à l'un qu'à l'autre, selon leurs intérêts respectifs. Il n'y a plus de différence entre ce cas et celui où la propriété pleine et entière aurait été hypothéquée, lorsqu'il n'y avait aucun droit d'usufruit établi en faveur d'un autre. L'hypothèque de la nue propriété a pu être faite dans la perspective de l'augmentation de sûreté de cette hypothèque, par la réunion de l'usufruit. En un mot, l'art. 617 du Code civil prononce l'extinction de l'usufruit par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire.

145. Mais les principes relatifs à la consolidation de l'usufruit à la nue propriété déjà hypothéquée, ne sont pas les mêmes que ceux par lesquels on doit se décider, dans le cas où celui qui aurait seulement hypothéqué l'usufruit deviendrait ensuite propriétaire du fonds par acquisition ou autrement. Il n'y a pas de réciprocité entre le cas de la consolidation de l'usufruit à la propriété, et celui de la réunion de la propriété entre les mains de celui qui n'en aurait auparavant que l'usufruit; en sorte que, si un particulier a hypothéqué seulement l'usufruit qui lui appartenait d'un immeuble, la réunion qui se fait après entre ses mains de la propriété, ne fera pas porter sur cette propriété, soit l'affectation spéciale, soit les inscriptions qui frappaient seulement l'usufruit. Et pour que le créancier eût une hypothèque sur la propriété, il lui faudrait une affectation spéciale de cette propriété, et une inscription particulière en conséquence de cette affectation. Ce ne serait que respectivement à une hypothèque légale qu'il n'y aurait aucune précaution à prendre dans ce cas, puisque, de sa nature, elle frappe tous les biens présens et à venir du débiteur. Il en serait de même pour une hypothèque générale, telle que l'hypothèque judiciaire, lorsqu'il y aurait une inscription sur tous les biens présens et à venir qui écherraient au débiteur dans l'arrondissement où l'inscription serait prise.

Je vais simplifier le motif de cette décision. L'extension de l'hypothèque sur la propriété, à l'usufruit qui s'y consolide, prend son principe dans la nature de l'usufruit respectivement à la propriété. L'usufruit qui appartient à un tiers sur une propriété, et qui vient à cesser, se réunit à la propriété par une espèce d'accession qui, pour être purement civile, n'existe pas moins que si elle était naturelle. L'usufruit dans la chose, quoiqu'il soit un droit et quoiqu'il soit déclaré immobilier par l'objet auquel il s'applique, n'est pas la chose même. La chose subsiste toujours, quoique devienne l'usufruit. La réunion de cet usufruit à la chose en augmente la valeur; mais cette chose existe toujours, indépendamment de cette valeur, et elle est toujours une nature de propriété qui a été tout autre chose que l'usufruit avec lequel elle n'était pas confondue. L'usufruit n'a plus de valeur quand il s'éteint; la chose qui y était sujette s'augmente de cette valeur, et elle reste sous l'hypothèque dont elle était empreinte avec cette addition de valeur. Il en est de ce cas, comme de celui de l'extinction d'une charge où d'une servitude à laquelle l'immeuble hypothéqué serait sujet: l'hypothèque suit l'immeuble hypothéqué dans le nouvel état où il se trouve, soit par l'effet d'augmentations, soit par l'effet de diminutions qui seraient survenues. Lorsque la loi 18, ff. *de pign. act.*, que j'ai déjà citée, veut que l'usufruit

qui s'éteint se range sous l'hypothèque sous laquelle était la chose hypothéquée, elle indique ce motif : ce motif est l'accroissement de l'usufruit au fonds ; et elle compare ce cas à celui de l'alluvion ; elle identifie la cause de ces deux accroissemens : *eadem causa est alluvionis*. Or, on sent bien qu'on ne peut pas conclure de ce qu'il se fait accroissement de l'usufruit à la propriété, qu'il se fasse accroissement de la propriété à l'usufruit. On ne conçoit de réunion que de ce qui n'existe pas auparavant, ou qui n'avait qu'une existence momentanée, à une chose qui a une existence permanente.

146. Dans ce cas, l'usufruit reste tel qu'il était lorsqu'il a été hypothéqué. Si le débiteur refuse à celui auquel il avait déjà hypothéqué l'usufruit, une affectation spéciale sur la nue propriété qui, depuis, est entrée dans son domaine, ou si même il affecte spécialement par hypothèque cette nue propriété à tout autre, il est sensible que l'usufruit continue, comme auparavant, de former l'assiette de la première hypothèque, pour tout le temps pour lequel il devait durer. Autre chose est l'usufruit, autre chose est la nue propriété : ces deux choses ont été très distinctes dès l'instant que l'usufruit a été séparé de la propriété. Il est incontestable que le propriétaire d'un fonds peut valablement constituer un droit d'usufruit sur ce même fonds, par des actes ordinaires, autres que des dispositions gratuites. Telle est la disposition précise de la loi 3, ff. *de usufructu*, et du § 1er du tit. 4 des Institutes, liv. 2. On peut voir encore Vinnius sur ce §, n° 2. Cela étant, on ne conçoit pas comment celui qui, de simple usufruitier qu'il était, devient ensuite propriétaire, ne serait pas obligé de laisser l'usufruit grevé de l'hypothèque qu'il aurait déjà assise sur ce même usufruit. L'hypothèque reste, quels que soient les changemens qui surviennent, tant que ces changemens ne tiennent qu'à la volonté du débiteur. Celui-ci ne peut atténuer l'hypothèque qu'il a donnée, soit directement, soit indirectement. Mais aussi on sent qu'une hypothèque qui ne portait d'abord que sur l'usufruit, ne s'étend pas de droit sur la propriété qui n'en était pas grevée. Cette hypothèque ne pourrait être obtenue que par l'action en supplément d'hypothèque, dans les cas où la loi accorde cette action.

On ne peut pas opposer, contre l'opinion que je viens d'émettre, la disposition de l'art. 617 du Code civil, où il est dit que l'usufruit est éteint par la consolidation ou réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire. On ne doit voir là qu'une règle générale d'accroissement de l'usufruit à la propriété ; mais cette règle est indépendante du cas où il s'agirait de détruire un droit acquis à un tiers.

147. Les dispositions de l'art. 546 du Code civil peuvent être très utiles pour fixer les idées sur le droit de suite de l'hypothèque, selon les modifications que subit l'objet hypothéqué. Il est dit que la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit *accessoirement*, soit *naturellement*, soit *artificiellement*. L'hypothèque devant suivre la condition de la chose hypothéquée, puisqu'elle est un droit réel dans cette chose, *jus in re*, doit nécessairement se modifier comme la chose même se modifie. Et si ce qui s'unit par accession à la propriété, tombe sous le joug de l'hypothèque, comme l'était la propriété même, il s'en tire naturellement la conséquence que ce qui se désunit de la propriété, et cesse d'en faire partie, cesse aussi d'être assujetti à l'hypothèque.

Ainsi le sol d'une terre hypothéquée, venant à être couvert de bâtimens, ces bâtimens deviennent soumis à l'hypothèque comme le sol même. Si la maison hypothéquée est brûlée ou détruite, l'hypothèque reste néanmoins sur le sol. La loi 21, ff. de *pign. act.*, en a une disposition précise. *Domo pignori data, et area ejus tenebitur, et contra jus soli sequetur ædificium.* Les lois 16, § 4, et 29, § 2, ff. *de pign. et hypoth.*, s'expliquent dans le même sens. Des arbres en futaie d'une forêt hypothéquée, sont-ils coupés et sé-

parés du sol, ils cessent de faire partie de l'hypothèque, et prennent un caractère mobilier, l'hypothèque reste seulement sur le sol. Il en est de même pour tous les arbres et fruits quelconques; ils sont soumis à l'hypothèque tant qu'ils sont pendans par les racines; ils se mobilisent quand ils en sont séparés. Les créanciers ont néanmoins le droit d'en suivre le prix dans certains cas dont il a déjà été parlé. Les matériaux provenans de la maison détruite ou brûlée qui aurait été hypothéquée, et les arbres qui seraient détachés d'une forêt aussi soumise à l'hypothèque, en seraient affranchis, quand même ils serviraient à la construction de nouveaux bâtimens sur un autre sol non hypothéqué. Il ne faut pas tant considérer, en pareil cas, l'identité de la matière que la désunion, le déplacement qui en sont faits, et le changement de forme qu'ils subissent. Ces circonstances forment un obstacle absolu à la continuation de l'hypothèque. Suivant le droit romain, ainsi que je l'ai dit ailleurs, les meubles pouvaient être hypothéqués. Or, si des arbres coupés dans une forêt sur laquelle une hypothèque eût été établie, avaient été employés à la construction d'un vaisseau, ce vaisseau n'était cependant pas soumis à l'hypothèque; *quia aliud sit materia, aliud navis*, disait le jurisconsulte Cassius, dans la loi 18, ff. *de pign. act.*

Mais il faut observer qu'il y a quelques différences, relativement au changement d'état des lieux, entre le cas où l'hypothèque aurait été constituée par le propriétaire du fonds, et celui où une hypothèque aurait été établie par un usufruitier seulement sur son usufruit. L'usufruit s'éteint lorsqu'il arrive certains changemens dans les objets qui y étaient soumis, d'après les articles 623 et 624 du Code civil. Et l'on sent que l'hypothèque qui porte sur un droit d'usufruit, doit avoir le même sort que ce droit.

Il est rare que, par rapport à la consistance et à la conservation de l'usufruit, il s'élève, en cas de changement des objets qui y seraient soumis, des difficultés autres que celles qui y sont prévues par l'art. 617 du Code civil, *dernier* §, et par les articles 623 et 624. Il peut cependant s'en présenter de nouvelles. Ce serait trop m'allonger que de les suivre. Je vais indiquer une source dans laquelle on pourra puiser, au besoin, une foule de décisions. Je veux parler de Lacombe, au mot *Usufruit*, sect. 6. Cet auteur donne des moyens de décider un grand nombre de questions à ce sujet, en citant les lois romaines et une multitude d'autorités. Il distingue au n° 4, les cas essentiels qui peuvent établir une différence dans les décisions. Il s'explique sur l'extinction de l'usufruit, soit qu'elle arrive par le fait de l'usufruitier, soit qu'elle ait lieu par suite d'accidens. Je joins à ces autorités ce qu'ont dit Duperrier, tom. Ier, pag. 311, Bretonnier sur Henrys, tom. 2, pag. 342, et surtout ce que dit Mornac sur la loi 10, ff. *quibus mod. usuf. amitt.* Il y enseigne, d'après des arrêts précis, que l'usufruit établi sur une maison serait éteint, en cas d'écroulement de la maison, quand même celui qui aurait constitué l'usufruit la ferait reconstruire. Il dit qu'il n'en serait pas de même, dans ce cas, du droit d'habitation qui, au surplus, n'est pas susceptible d'hypothèque. Mais l'art. 625 du Code civil porte que les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit. Je remarque qu'il faut craindre de s'égarer en se livrant aux décisions nombreuses du droit romain sur cette matière, dont plusieurs seraient contraires à nos mœurs et à nos usages. Mornac en fait l'observation sur le *dernier* § de cette loi 10. On doit donc modifier les anciennes décisions par le Code civil, et n'admettre que celles qui, étant justes en elles-mêmes, peuvent se concilier avec notre législation actuelle.

148. J'ai eu en idée jusqu'à présent les simples changemens arrivés aux objets hypothéqués, abstraction faite des évènemens qui en augmentent l'étendue, ou qui la diminuent, ce qui, comme on le sent facilement, est bien différent.

Il faut distinguer les augmentations qui sont la suite d'évènemens indépendans de la volonté du débiteur dont les immeubles

sont hypothéqués, de ceux qui sont de son fait.

Les premières peuvent être l'effet d'alluvions ou d'autres accroissemens, tels que ceux qui seraient produits par des transports subits et apparens de terrains déplacés par une rivière ou un fleuve, par des atterrissemens, îles ou îlots. Je me suis déjà expliqué sur un accroissement qui résulterait d'une alluvion proprement dite, voulant suivre la comparaison qu'une loi romaine faisait de ce cas à celui de l'accroissement de l'usufruit à la propriété qui, seule, aurait été hypothéquée. Je n'entrerai pas dans des explications sur les autres accroissemens dont je viens de parler, pas plus que sur les diminutions que pourraient causer les mêmes évènemens. On ne peut douter que l'hypothèque, ainsi que je l'ai déjà observé, ne se modifie comme la propriété même sur laquelle elle est imprimée. Le droit du propriétaire, dans les cas dont il s'agit, sera donc la mesure du droit attaché à l'hypothèque.

Or, le droit de propriété dans ces cas, qui a été traité par plusieurs auteurs anciens, qui a même été le sujet des dispositions d'une foule de lois romaines, est réglé avec toute la précision possible dans les art. 556 et suivans du Code civil, jusques et compris l'art. 564. Il suffit d'y renvoyer pour la solution des difficultés relatives à cette matière.

J'ai vu élever la question de savoir si, lorsque l'accessoire devient tellement considérable, dans les cas dont il s'agit, qu'il peut être regardé comme un nouveau fonds, cet accessoire doit être regardé comme ayant été frappé de l'hypothèque. La question fut agitée au Conseil d'état, lors de la discussion de l'art. 2133. *Voyez les Confér. du Code civil, tom.* 7, *pag.* 172. Mais il ne fut rien décidé à cet égard; et cette question n'est résolue par aucun article particulier. Je crois qu'il est plus sûr de s'en tenir au principe, que l'hypothèque suit la modification de la propriété hypothéquée. C'est même ce que parut dire, lors de la discussion, M. Tronchet, qui renvoya aux diverses dispositions du Code civil, à ce sujet, qui sont celles des articles que j'ai indiqués. Le mode produit par les changemens dont il s'agit, n'est qu'accidentel et momentané. Les choses peuvent revenir comme elles étaient auparavant. L'état de diminution peut rester; et il est juste, à raison de cette considération, que l'hypothèque profite, comme la propriété, de l'augmentation. L'accessoire ne doit pas être réglé par son étendue, respectivement à l'objet principal, mais bien par sa nature qui ne varie pas; en sorte qu'il ne serait pas prudent qu'on prît une hypothèque sur l'accessoire qu'on croirait être un fonds nouveau, si l'on agissait dans l'idée qu'on dût avoir sur cet accessoire une hypothèque au préjudice de celle qu'un autre particulier aurait déjà acquise sur l'immeuble tel qu'il était avant la réunion de l'accessoire.

Quant aux augmentations d'étendue qui proviennent du fait du débiteur, elles n'entrent sous le joug de l'hypothèque que lorsqu'elle est générale. Mais il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'une hypothèque spéciale qui se renferme toujours dans les objets qui lui sont affectés. Ainsi, en cas de construction d'un bâtiment réuni à une maison hypothéquée spécialement, laquelle construction serait faite sur un sol qui ne serait point hypothéqué, il est sensible que ce nouveau bâtiment ne serait point compris dans l'hypothèque. Cependant si la réunion était telle qu'il en résultât une espèce d'incorporation, et une impossibilité de séparer les deux objets, sans nuire à leur valeur, alors le créancier qui aurait une hypothèque sur le sol sur lequel l'addition de construction aurait été faite, pourrait exercer son droit d'hypothèque sur cette addition, par l'effet d'une ventilation qui déterminerait un prix proportionnel pour la partie ancienne et pour la partie ajoutée. Ce parti est commandé par des idées naturelles de justice et d'équité; et on doit se décider ainsi, par analogie avec les articles 563, 572, 573 et 575 du Code civil.

De ce qui vient d'être dit, il se tire la

conséquence que si le propriétaire augmente un domaine hypothéqué par des acquisitions, ces acquisitions ne sont point comprises dans l'hypothèque spéciale dont le domaine aurait été grevé. Il y a plus; c'est que, quand l'acquisition porterait sur un immeuble limitrophe de celui qui aurait été hypothéqué, et même quand cette acquisition aurait été réunie et englobée avec l'immeuble déjà hypothéqué, dans une même enceinte fermée non seulement de haies, mais même de murs, l'hypothèque ne s'étendrait jamais au delà des limites de ce qui lui aurait été soumis. Il est bien dit, dans l'art. 1019 du Code civil, que si un testateur a augmenté l'enceinte d'un enclos qu'il aurait légué, le légataire profitera de l'augmentation de l'enceinte. Mais on ne peut pas appliquer cette disposition législative à l'espèce. Le légataire profite de l'augmentation, parce qu'on présume que telle a été la volonté du testateur, qui a voulu léguer la chose dans l'état où elle était au moment de sa mort. Mais, à l'égard de l'hypothèque, elle ne peut frapper que sur la chose d'abord affectée. L'état de réunion dans lequel se trouvent les deux immeubles, n'empêche pas qu'ils ne soient distincts l'un de l'autre, et soumis à des hypothèques diverses. Telle est l'observation judicieusement faite par M. Persil, *Rég. hypoth.*, *art.* 2133, *n°* 6.

149. Il y a d'autres augmentations qui portent uniquement sur la valeur de l'objet hypothéqué. Renfermées dans le sol hypothéqué, elles en suivent le sort. Ainsi, des clôtures en haies ou en murs, des chaussées ou digues faites pour préserver l'objet hypothéqué des dégats des eaux, même quand ces digues seraient construites sur une rivière ou ruisseau au delà des limites qu'avait la chose hypothéquée, suivent la propriété et l'hypothèque, parce qu'elles en sont toujours les accessoires. Tout cela rentre dans la disposition de l'art. 2133 du Code civil, où il est dit : « L'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. »

150. Mais si les diminutions survenues à la chose hypothéquée étaient telles que la valeur en fût considérablement affaiblie, et qu'elle devînt insuffisante pour la sûreté de l'hypothèque, alors il s'ouvrirait en faveur du créancier une action tendante à obtenir ou le remboursement de sa créance, ou un supplément d'hypothèque. Tel est le résultat de l'art. 2131 du Code civil.

Il en serait de même du cas où la valeur de l'objet hypothéqué diminuerait par l'effet de dégradations qui y seraient commises par le débiteur, comme s'il s'agissait de vignes arrachées, de forêts, de hautes futaies dévastées ou abattues. C'est au débiteur à conserver l'hypothèque dans un état tel qu'elle soit toujours une sûreté suffisante de la créance, et le droit du créancier est encore plus favorable, lorsqu'il s'ouvre par le fait du débiteur que lorsqu'il prend sa cause dans des évènemens indépendans de sa volonté. Mais, au fond, l'action est la même; et telle doit être la conséquence de ces expressions de l'art. 2141, *eussent péri ou éprouvé* DES DÉGRADATIONS.

151. Les servitudes ou services fonciers devaient naturellement être classés dans les choses qui sont immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent, ainsi que cela a été fait par l'art. 526 du Code; mais ils ne sont pas pour cela susceptibles d'hypothèques, puisqu'ils sont exclus de la possibilité d'être hypothéqués par l'art. 2118. Une servitude ne peut, en effet, être mise au nombre de propriétés, dans le vrai sens de cette expression, puisque, d'après la définition qu'en donne l'art. 637, elle est seulement une charge imposée sur un fonds, pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. On retrouve les mêmes idées dans l'art. 686. De là il résulte que, lorsqu'un particulier a imposé sur son fonds une servitude en faveur d'un autre, si dans la suite il vend ou il hypothèque le même fonds, il ne peut le faire qu'avec les charges déjà existantes, parce que nul ne peut céder à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même.

Mais supposons que la servitude s'é-

teigne après que le fonds qui y était sujet aura été hypothéqué, le débiteur pourrait-il la faire revivre ensuite au préjudice de l'hypothèque acquise? Je crois qu'on peut se décider pour la négative, par les mêmes raisons que j'ai déjà déduites pour établir que le débiteur ne peut faire revivre, au préjudice de l'hypothèque sur la propriété, un usufruit qui y aurait été consolidé.

152. Il a fallu de tous temps que les actions immobilières, c'est-à-dire, celles qui tendent à revendiquer un immeuble, fussent distinguées des actions purement mobilières. Cette différence de nature et de caractère se présente d'abord par l'objet de tendance de ces actions. C'était aussi une ancienne maxime: *Actio tendens ad mobile est mobilis, ad immobile est immobilis.* Cette distinction était surtout importante sous l'ancienne législation. On sait que nos Coutumes avaient établi différentes sortes d'héritiers, sur lesquelles elles variaient plus ou moins. Les propres, les meubles, les acquêts, revenaient à des héritiers tous différens. Il y avait des dettes mobilières et des dettes immobilières qui suivaient certains de ces biens exclusivement à d'autres. On sent donc que les actions qui tendaient à la revendication d'un immeuble devaient revenir à celui qui aurait eu, à titre de succession, l'immeuble même. Quoique l'ordre des successions soit infiniment plus simple dans notre législation actuelle, il n'a pas moins fallu distinguer les actions qui tendent à la revendication d'un immeuble, de toutes autres actions purement mobilières. Cette distinction était nécessaire, soit pour déterminer le mode de les exercer, relativement à la compétence des tribunaux où elles doivent être portées, soit parce que plusieurs dispositions, à titre gratuit ou à titre onéreux, ne peuvent recevoir une sage exécution que par la distinction de ce qui est vraiment meubles ou effets mobiliers, de ce qui ne l'est pas; soit enfin parce que souvent ces actions immobilières influent sur l'exécution des actes d'aliénation dont elles amènent même la résolution, et donnent lieu, par conséquent, à une organisation législative pour en régler les effets, ainsi qu'on le verra dans la suite.

Ces actions, à raison de leur caractère particulier, auraient pu anciennement devenir l'objet d'une hypothèque. Mais la législation actuelle ayant établi des principes si différens sur les hypothèques, cela est devenu impossible. Ces actions ne peuvent être, de leur nature, le fondement d'une hypothèque; elles n'ont pas une assiette fixe, elles ne forment pas un corps; et toute notre législation est conçue dans le sens qu'une hypothèque ne peut porter que sur un objet corporel, ou sur un des droits *réels immobiliers*, dont j'ai parlé au nº 140. Il n'y a que des objets de cette nature qui puissent être indiqués d'une manière positive, et devenir la matière d'une inscription. D'ailleurs, le résultat de ces actions étant incertain, et n'étant déterminé que par la réalisation et la mise en possession du fonds à la revendication duquel elles tendent, elles ne peuvent, avant cet évènement, devenir le sujet d'une hypothèque et d'une inscription; elles ne peuvent être soumises à des enchères et à une adjudication, qui sont accidentellement nécessaires pour opérer une purgation d'hypothèque. Ce n'est pas que ces actions n'aient un caractère d'immeubles; mais elles n'ont ce caractère, comme il est dit dans l'art. 526 du Code civil, que par l'objet auquel elles s'appliquent, ce qui les distingue des meubles ordinaires; mais elles sont incorporelles; elles s'exercent, se conservent et produisent leur effet, autrement que par des transmissions à titre d'immeubles, qui devraient être suivies de tout ce qu'entraîne la vente des immeubles proprement dits. Enfin, d'après la combinaison que nous avons déjà présentée de la disposition de l'art. 526 du Code civil, avec celle de l'art. 2118, les actions qui tendent seulement à la revendication d'un immeuble sont exclues de la possibilité d'être hypothéquées.

153. Ainsi une action en réméré, une action en rescision d'une vente pour cause de lésion, une action pour cause de nul-

lité, ne sont point susceptibles d'être hypothéquées. Celle en rescision pour lésion l'est encore moins que les deux autres, puisque l'acquéreur contre lequel elle serait exercée aurait droit de s'en rédimer, en suppléant en argent le juste prix. Telle est la disposition de la loi 2, au Code *de rescind. vendit.*, dont les principes ont été adoptés par l'art. 1681 du Code civil. D'après cette faculté accordée à l'acquéreur, l'exercice de l'action en rescision ne conduirait pas nécessairement à la possession de l'immeuble. C'est aussi par ce motif qu'un arrêt de la Cour de cassation, eu 14 mai 1816, rapporté par Denevers, *même année, pag.* 419, a jugé qu'une action rescisoire, pour cause de lésion dans une vente; n'était susceptible ni d'hypothèque, ni d'une expropriation forcée. Tout droit qui ne peut être la matière d'une expropriation forcée, ne peut aussi, par corrélation, être le sujet d'une hypothèque.

Tous ces principes se confirment par la disposition de l'art. 2125 du Code civil. Il est ainsi conçu : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. » Il est sensible que le législateur a considéré comme pouvant entrer dans le commerce, et par conséquent comme susceptible d'hypothèque, et de transmission par vente ou autrement, un immeuble joui à titre de propriété, quoique la propriété fût résoluble, par suite d'une action qui produirait cet effet. Cette idée mène à celle que le législateur n'a pas voulu faire porter l'hypothèque sur l'action résolutoire, mais seulement sur le fonds qui y était soumis, et qu'il a déclaré qu'alors l'hypothèque, imposée sur le fonds par celui qui n'en aurait qu'une propriété résoluble, suivrait le sort de cette propriété; en sorte que l'hypothèque se réduirait à ce que deviendrait la propriété ainsi hypothéquée, par l'effet de l'action résolutoire ou rescisoire. Cette action reste toujours entre les mains de celui à qui elle appartient, comme ressource non seulement pour lui, mais encore pour ses créanciers; mais elle ne peut être utilisée par la voie d'une assiette ou affectation d'hypothèque sur elle-même. Elle peut être exercée par celui à qui elle appartient; elle peut l'être par un créancier qui l'achète : un créancier, comme exerçant les droits de son débiteur, peut se faire autoriser en justice à la former. Ces moyens rendent ceux qui y ont recours, propriétaires à l'instant de tous les droits que l'action peut produire, quel qu'en soit le résultat. L'hypothèque imprimée sur l'immeuble par celui qui le possédait sous une condition résolutoire, ou sous une condition suspensive et dont l'évènement est incertain, se mesure sur le droit qui reste après l'exercice de l'action, ou après l'évènement.

On ne pourrait pas empêcher un créancier d'exercer, comme faisant valoir les droits de son débiteur, l'action en rescision pour lésion, en se fondant sur l'art. 1166 du Code civil, qui except des droits qu'un créancier peut exercer pour son débiteur, ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Je renvoie à ce que je dis là-dessus, au n° 44, *pag.* 79 et 80.

Il reste encore à faire des observations, qui sont même très importantes, pour saisir parfaitement le sens et les conséquences de l'article 2125. J'agirai plus méthodiquement, et je me ferai mieux entendre, en rapportant ce qui a été dit relativement aux dispositions de cet article, par M. Tarrible, *Répert. de jurispr.*, au mot *Hypothèque*, *sect.* 2, § 3, *art.* 3, *n°* 5. Cet auteur admet d'abord le principe que je viens de développer, que les actions qui tendent à la revendication d'un immeuble, ne sont point en elles-mêmes susceptibles d'hypothèque; il dit ensuite que, pour ce qui concerne ces actions, il faut distinguer celles qui sont fondées sur le droit absolu de propriété, d'avec celles qui émanent du droit de recouvrer une propriété aliénée. Il commence par un exemple qui est relatif au premier cas : « Le propriétaire d'un

immeuble a été dépossédé par violence, depuis plus d'un an et jour : un héritier légitime, dont l'existence était ignorée, reparaît, et trouve les biens de la succession dans les mains d'un héritier plus reculé, et non successible : il est clair que le propriétaire dépossédé et cet héritier reconnu, ont, chacun de son côté, une action fondée sur le pur droit de propriété, pour revendiquer les immeubles qui leur appartiennent. « L'auteur ne peut entendre que, dans ce cas, celui à qui appartient l'action puisse imprimer l'hypothèque sur l'action, en la considérant comme immobilière, puisqu'il ne cesse de soutenir, et avec raison, que les actions de cette nature ne sont point susceptibles d'hypothèque; que l'hypothèque doit toujours porter sur un immeuble. Il a donc été d'avis que, dans les circonstances dans lesquelles se trouve le véritable propriétaire, il peut hypothéquer l'immeuble. Cette conséquence résulte nécessairement de la manière dont il s'explique. Dans ces cas, dit-il, le demandeur qui intente l'action est déjà propriétaire du fonds revendiqué; sa propriété est fondée sur des titres que nous supposons incontestables. *Il ne demande au défendeur que le délaissement du fonds, ou l'abandon de la simple possession.* Il est impossible de ne pas adopter, pour les cas en question, l'opinion de l'auteur. C'est le propriétaire même de l'immeuble qui l'hypothèque.

J'ajoute qu'on peut dire de même pour le cas où le vrai propriétaire se serait laissé déposséder momentanément, par l'effet d'une complainte possessoire, qui aurait été dirigée contre lui par un particulier qui pourrait invoquer une possession d'an et jour. L'exercice de cette complainte n'a trait qu'à la possession, et n'affecte pas la propriété. L'art. 2129 du Code civil exige, pour la validité de l'hypothèque spéciale, qu'elle frappe les biens *actuellement appartenans au débiteur;* mais il n'est question là que de la propriété; et autre chose est la *propriété*, autre chose est la *possession*. Si la propriété existe, la possession, au moins de droit, n'en a jamais été séparée. On sent bien que s'il arrivait, par évènement, que la propriété n'appartînt pas à celui qui l'aurait hypothéquée, l'hypothèque s'évanouirait; mais la possibilité de cet évènement ne détruit pas l'hypothèque en elle-même. Elle conserve tout son effet, si la propriété reste à celui qui a hypothéqué. Cela rentre dans le principe général auquel sont soumises toutes les hypothèques quelconques. La propriété cessant en faveur de celui qui a hypothéqué, quelle qu'en soit la cause, toutes les hypothèques disparaissent [1].

M. Tarrible vient ensuite à l'action du vendeur lésé, tendante à faire rescinder la vente; à l'action du vendeur sous faculté de réméré, tendante à exercer le rachat. Ce sont les actions que l'auteur avait déjà désignées ainsi, *qui émanent du droit de recouvrer une propriété aliénée.* L'auteur admet que, soit l'une, soit l'autre de ces actions, ne peuvent faire elles-mêmes la matière d'une hypothèque, toujours d'après le principe général, que les actions, quoique tendantes à la révocation d'un immeuble, ne peuvent être affectées à une hypothèque. Mais aussi l'auteur admet que le particulier à qui appartient, soit l'action en rescision, soit l'action en réméré, peut hypothéquer l'immeuble même sur lequel ces deux actions peuvent être dirigées. Il se fonde sur l'art. 2125. Après en avoir rapporté la disposition, voici ce qu'il dit :

« Cela posé, nous raisonnons ainsi : L'action en elle-même n'est pas susceptible d'hypothèque; mais l'immeuble qui en est l'objet, peut très bien être grevé d'hypothèque par celui auquel l'action appartient.

« L'action en elle-même, disons-nous, n'est pas susceptible d'hypothèque; elle n'est qu'un droit incorporel, qui n'est ni ne peut être *un bien immobilier*. Bien plus, il est des cas où l'action, dans son issue, ne produit que des sommes pécuniaires

[1] Au surplus, on peut voir tout ce que je dis sur des questions de la nature de celle-ci, au n° 51, *pag* 93 *et suiv.*

qui, certainement, ne peuvent jamais devenir le siége d'une hypothèque. Telle est l'action en rescision de la vente d'un immeuble, pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, lorsque l'acquéreur se détermine, comme il en a le droit, à suppléer le juste prix.

« L'immeuble au contraire, qui fait l'objet de l'action, est la véritable matière passible d'hypothèque. Il peut être hypothéqué directement par celui auquel l'action appartient, sauf les modifications qui peuvent résulter de la nature de l'action, ou de sa cause. Le propriétaire, dont le titre de propriété est bien établi, et qui n'a à recouvrer que la possession, peut établir une hypothèque actuelle et positive sur l'immeuble à revendiquer, et cette hypothèque ne sera subordonnée à aucune condition. Un immeuble vendu sous faculté de réméré, ou au dessous des cinq douzièmes de sa valeur, peut être aussi hypothéqué directement par le vendeur. Mais comme la résolution de la vente et le retour de la propriété dans la main du vendeur, sont subordonnées à diverses conditions, telles que l'exercice de l'action dans les délais prescrits, le remboursement préalable des sommes reçues par le vendeur, l'existence de la lésion, l'adhésion de l'acquéreur à la rescision de la vente et au délaissement de l'immeuble, l'hypothèque consentie par le vendeur sur cet immeuble sera nécessairement soumise aux mêmes conditions. »

C'est toujours avec timidité que je combats quelques-unes des opinions de M. Tarrible. Mais après beaucoup de réflexions, il m'est impossible d'être de son avis sur celle-ci. Je pars du principe incontestable que, pour pouvoir hypothéquer, il faut être propriétaire. Or, le droit de propriété de l'immeuble sur la vente duquel on peut exercer une action en rescicion pour lésion, ou sur lequel on peut exercer une action en réméré, ne peut être considéré comme reposant sur la tête de celui auquel l'une ou l'autre de ces actions peut appartenir.

Celui qui a dans la pensée l'exercice d'une action en rescision pour lésion, peut-il être considéré comme propriétaire de l'immeuble à l'occasion duquel cette action s'exercerait? c'est ce qu'il est impossible de soutenir. Cette action, qui d'ailleurs doit être exercée dans un délai très court, est un être de raison tant que le succès n'en est pas assuré par son admission. Fût-elle encore fondée, elle ne tend pas nécessairement à la propriété, puisque l'acquéreur peut s'en rédimer en suppléant le juste prix; ce qui, dès lors, fait dégénérer l'action en une somme d'argent, qui incontestablement ne peut être susceptible d'hypothèque. Celui à qui cette action peut appartenir, n'est donc pas propriétaire de l'immeuble; le vrai propriétaire de cet immeuble est celui qui l'a acheté; lui seul peut l'hypothéquer, sauf la résolution de l'hypothèque, s'il doit y avoir lieu.

Doit-on considérer d'un autre œil l'action en réméré? je ne le pense pas. La propriété de l'immeuble vendu sous la condition du réméré, réside également sur la tête de l'acquéreur. L'art. 2125 le désigne comme en étant propriétaire, puisque cet article veut qu'il puisse hypothéquer l'immeuble, et que, d'après l'esprit de notre législation qui se puise dans plusieurs articles du Code civil, la faculté d'hypothéquer tient essentiellement à la propriété. D'après l'art. 2124, il n'y a que celui qui peut aliéner, qui ait la capacité d'hypothéquer. La possibilité de la résolution de l'hypothèque n'empêche pas l'existence de l'hypothèque; et on ne peut soutenir que cette possibilité ait l'effet de faire reporter sur la tête de celui à qui appartient l'action en réméré, qui encore n'existe que pendant cinq ans, la faculté d'hypothéquer. Le propriétaire de l'immeuble sous la condition du réméré, est tellement propriétaire, qu'il peut vendre, que son acquéreur peut soumettre sa vente à la transcription, et prendre toutes les mesures indiquées par la loi pour appeler la purgation des hypothèques imposées sur l'immeuble, sauf l'évènement de l'action en réméré qui pourrait être exercée. On ne conçoit pas que le droit de propriété d'un immeuble,

considéré en lui-même dans son intégralité, puisse appartenir à plusieurs personnes. Le titre de la propriété doit être fixé sur une tête ou sur une autre. Le contraire est impossible; et c'est cependant ce qu'il faudrait admettre dans le système que je combats.

L'erreur dans laquelle je pense que M. Tarrible est tombé, dérive du double sens dans lequel il a entendu l'art. 2125. Il suppose que cet article attribue deux facultés d'hypothéquer l'immeuble : l'une à celui qui peut exercer l'action en rescision ou celle en réméré; l'autre au propriétaire; c'est-à-dire à celui qui a acheté l'immeuble, lequel peut être grevé de ces deux actions. Il admet que, de même que les hypothèques stipulées par l'acquéreur sont soumises à l'effet que pourraient avoir l'action en rescision et celle en réméré, de même aussi les hypothèques qui seraient imprimées sur l'immeuble par celui qui pourrait avoir l'action en rescision, ou à qui appartiendrait l'action en réméré, subsisteraient, quoique leur effet dépendît du résultat de ces deux mêmes actions.

Mais il est impossible d'adopter cette interprétation. Rapportons les termes de l'article : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou resoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. » Pour peu qu'on se pénètre de cette disposition de l'article, on est convaincu que le législateur n'a admis qu'une seule faculté d'hypothéquer, et que l'acquéreur de l'immeuble est le seul auquel cette faculté soit attribuée; en sorte que le vendeur en est exclus. Le législateur concentre la faculté d'hypothéquer dans un seul individu. Quel est-il? c'est celui qui a acquis l'immeuble. N'importe la modification du droit de propriété, et par conséquent de l'hypothèque, qui peut ensuite arriver par l'effet des circonstances indiquées dans l'article. Ces expressions, *suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision*, se réfèrent au droit sur l'immeuble; et dans l'esprit du législateur, il est impossible que ce droit sur l'immeuble n'ait pas été appliqué à celui qui est acquéreur de l'immeuble sous ces conditions. La propriété est autre chose que les actions qui peuvent accidentellement la modifier.

Pesons encore ces termes, *suspendu par une condition*. Ils supposent le cas où un particulier aurait une propriété; mais en même temps le cas où cette propriété devrait cesser, et devrait passer à une autre personne; ce qui arriverait, par exemple, si cette personne survivait à celui à qui la propriété aurait d'abord été assurée. Or, pourrait-on dire que, dans une pareille circonstance, la personne qui, par évènement, pourrait avoir l'immeuble qui, sans cet évènement, doit rester définitivement dans le domaine de celui à qui il a été donné, fût en droit de constituer une hypothèque sur l'immeuble? Il faudrait cependant aller jusque là, dans le système de M. Tarrible : mais je pense que c'est ce qui ne peut être admis. Sans doute, si la condition qui révoque la propriété s'accomplit, les hypothèques constituées sur l'immeuble par celui qui en est actuellement propriétaire, ne pourront nuire à la personne en faveur de qui la condition a été imposée. Mais jusque là, la faculté d'hypothéquer n'est attribuée qu'au propriétaire actuel dont le droit est soumis à la condition, bien que suspensive. C'est à lui que peuvent s'appliques les expressions, *suspendu par une condition*. On ne peut les appliquer à celui qui peut avoir la propriété, accidentellement et dans un cas prévu. Ce n'est pas lui qui détient l'immeuble *sous une condition suspensive;* et la loi n'accorde de faculté d'hypothéquer qu'à celui qui est dans cette position. La propriété qui, dans le cas de l'accomplissement de la condition, reviendrait à la personne appelée éventuellement à la recueillir, serait bien grevée de ses hypohèques personnelles, si elles étaient légales ou judiciaires, parce que ces hypothèques portent, de leur nature, sur tous les biens présens et à venir; mais avant l'évènement, cette

même personne ne peut hypothéquer la propriété spécialement, parce que pour constituer cette hypothèque, il faut être propriétaire *actuellement*, dit l'art. 2129, sauf la résolubilité que peut opérer l'évènement, d'après l'art. 2125.

Cependant, l'hypothèque spéciale pourrait avoir lieu sur le bien qui reviendrait, par l'évènement, à celui qui serait appelé conditionnellement à le recueillir, s'il y avait une hypothèque constituée dans les termes et avec les conditions exigées par l'art. 2130 du Code civil. Mais on sent que cette hypothèque se rattache à d'autres principes, et qu'il n'y a rien là de contradictoire avec l'opinion que j'ai émise. Ce qui exclut toute idée de contradiction, c'est que, dans ce dernier cas, il devrait être pris une inscription dès le moment que le bien écherrait éventuellement à celui qui aurait ainsi constitué une hypothèque. Voyez ce que je dis, à ce sujet, au n° 62, *pag.* 133 *et suiv.*

En revenant à l'hypothèque que peut constituer celui à qui l'immeuble a été vendu sous une faculté de réméré, on sent qu'il peut se présenter un double concours de créanciers hypothécaires sur cet immeuble. Il peut se présenter des créanciers auxquels le propriétaire de l'immeuble aurait consenti des hypothèques avant la vente qu'il en a faite, et des créanciers auxquels l'acquéreur grevé des conditions et des évènemens énoncés dans l'art. 2125, aurait aussi donné hypothèque après son acquisition. On sent que les difficultés se compliquent sur les droits respectifs, et sur les différens remboursemens qui doivent être faits. Ce concour ne pouvant arriver que très rarement, je crois pouvoir me dispenser d'entrer dans des détails. On peut être facilement guidé, à cet égard, par les principes généraux. Au surplus, je puis renvoyer à ce qu'en dit M. Tarrible, *loco citato*, et, de plus, aux mots *Privilége de créance*, *sect.* 4, § 5, *n°* 5. Je dois néanmoins observer que M. Tarrible suppose, respectivement à celui qui a vendu, deux sortes de créanciers hypothécaires sur l'immeuble, savoir, ceux à qui il a donné des hypothèques avant la vente de l'immeuble, et ceux à qui il en a conféré après cette vente. Ce procédé était conforme à son système. Mais comme, d'après tout ce que j'ai dit, je pense que les hypothèques consenties après la vente, sont nulles je ne dois admettre que le concours de deux sortes de créanciers. Ces créanciers sont ceux qui ont reçu des hypothèques de la part du vendeur avant la vente, et ceux à qui il en a été consenti par l'acquéreur après son acquisition. Je crois donc devoir exclure du concours, des créanciers hypothécaires du vendeur, postérieurs à la vente qu'il a faite.

De tout ce qui a été dit, il résulte que la principale et la plus sûre ressource des créanciers d'un débiteur à qui appartient l'exercice, ou d'une action rescisoire, ou d'une action en réméré, est d'exercer ces actions mêmes, ou comme cessionnaire du débiteur, ou au nom de ce dernier.

154. On sent combien est fragile une hypothèque établie sur un immeuble acquis par le débiteur sous une faculté de réméré. En effet, le vendeur sous la réserve de cette faculté, peut l'exercer à tout instant, ou judiciairement, ou de concert avec l'acquéreur. Il peut remettre à celui-ci la somme qui formait le prix de la vente, et lui faire raison de toutes celles dont le remboursement est une condition de l'exercice de cette faculté. Tout cela peut être fait à l'insu du créancier hypothécaire de l'acquéreur; car rien n'oblige le vendeur qui suit l'exécution des clauses du contrat de vente, et qui ne doit le suivre qu'à l'égard de l'acquéreur, d'appeler le créancier hypothécaire de ce dernier à ce remboursement. Dès lors, l'hypothèque devient sans fondement; elle suit le sort de la vente.

Le créancier voudrait-il prétendre que le vendeur doit consigner ce qu'il doit, par suite de l'exercice de la faculté de réméré? Mais rien ne l'y oblige. L'inscription, qu'il peut d'ailleurs ignorer, ne le lie en aucune manière. On ne voit qu'un seul remède à cet inconvénient : ce serait qu'à l'instant même de l'obligation portant constitution de l'hypothèque, le créan-

cier la fît notifier au vendeur, et que cette notification contînt une opposition à ce que le vendeur se libérât du prix de la vente, si le rachat avait lieu au préjudice du créancier. L'opposition contiendrait, en même temps, une saisie et arrêt du prix et des sommes dont le remboursement serait dû à l'acquéreur.

Il faut encore remarquer que, pour que cette mesure fût essentiellement utile au créancier, il faudrait qu'il fût seul. Car s'il y avait d'autres créanciers de l'acquéreur qui eussent fait faire, entre les mains du vendeur, une semblable opposition et saisie-arrêt, ce serait seulement le cas de venir par concurrence, au marc le franc des créances, sur les sommes saisies. Ceux des créanciers saisissans qui seraient hypothécaires, ne pourraient pas réclamer ces sommes par ordre d'hypothèque. Il s'agirait d'objets mobiliers qui ne donneraient point prise à une préférence selon le rang des inscriptions. Il ne pourrait se faire une exception à la règle, quoique ces sommes arrivent en remplacement de l'immeuble; aucune loi n'autorise une exception, dans ce cas. L'hypothèque spéciale ne peut frapper qu'un immeuble, et encore un immeuble certain.

155. On a mis en doute si l'exercice de l'action en rescision pour lésion, qui fait passer le fonds vendu au pouvoir du vendeur, emportait extinction des hypothèques créées sur ce fonds par l'acquéreur. Pothier, *Introd. au tit.* 20 *de la Cout. d'Orl.*, nº 57, établit parfaitement l'affirmative. Il démontre que l'opinion de Balde doit prévaloir sur celle de Barthole, qui avait soutenu la négative. Pothier se fonde sur ce que, dans ce cas, le droit de l'acquéreur se résout *ex causa antiqua et necessaria*, sans qu'il y ait rien de son fait. L'acquéreur a bien le droit de retenir le fonds, en suppléant le juste prix; mais, dit Pothier, ce n'est pas avoir un vrai pouvoir de le retenir, que d'être obligé, pour le retenir, à l'acheter plus cher qu'on n'a voulu l'acheter. Basnage, *Traité des hypoth., chap.* 7, avait décidé la question dans le même sens. Ainsi, il en est dans ce cas comme dans celui où le vendeur rentre dans le bien qu'il a vendu, par l'exercice de la faculté de rachat; il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé. *Art.* 1673 *du Code.*

Je pense cependant que le créancier auquel l'acquéreur qui se trouve soumis à une action en rescision a hypothéqué le fonds, doit avoir la faculté, pour la conservation de son hypothèque, et en exerçant les droits de son débiteur, de rédimer l'héritage hypothéqué de l'action rescisoire, en remboursant le supplément du juste prix; et qu'encore il doit avoir son recours, pour la restitution de ce supplément, contre son débiteur. Tout cela résulte, par argument, de la disposition de l'art. 1681 du Code, qui accorde ces deux droits au tiers possesseur de l'héritage sur lequel s'exerce l'action en rescision. Je me fonde encore sur la différence qui existe entre les principes actuels et les principes anciens, relativement à l'hypothèque. L'affectation spéciale de l'hypothèque, qui est actuellement de nécessité, resserre l'hypothèque et la fait porter sur le fonds hypothéqué, à l'exclusion de tous autres immeubles du débiteur, qui dans les principes anciens étaient également soumis à l'hypothèque, parce qu'elle était alors générale. Et de là il résulte que celui qui a constitué cette hypothèque, est plus particulièrement tenu, pour maintenir la bonne foi du contrat, d'accorder à son créancier tous les moyens possibles de conserver l'héritage hypothéqué, qui est devenu son unique gage. D'ailleurs, l'acquéreur qui a hypothéqué, ne peut raisonnablement se présenter comme victime d'avoir été obligé de payer ce qu'il a acquis d'après sa juste valeur. On sent que le créancier qui fait ce remboursement, outre son hypothèque sur le fonds, acquiert sur ce même fonds le privilége du vendeur, à raison de la portion du prix de la vente qu'il a payée.

156. Les principes que je viens d'exposer s'appliquent également à tous autres droits et actions qui opèrent la revendication de la propriété qui aurait été hypo-

théquée. Je veux parler du cas où la revendication a lieu par un évènement tenant à une condition, ou expresse, ou tacite et légale; comme si les biens qui seraient hypothéqués étaient provenus de dispositions faites à titre gratuit. On sent que la propriété pourrait être révoquée, ou par l'effet d'un retour conventionnel ou légal, ou à raison de survenance d'enfans, ou pour cause d'ingratitude. L'art. 2125 du Code civil s'applique parfaitement à ces cas, comme à ceux que j'ai déjà indiqués. Le Code civil règle, d'une manière précise, les conditions sous lesquelles la propriété peut être révoquée, selon la nature des causes qui y donnent lieu. Il y a des cas où la révocation s'opère sans aucune charge; il y en a d'autres où elle ne peut avoir lieu que sous la condition de certains remboursemens. Je m'éloignerais de mon sujet, si j'entrais là-dessus dans des détails. Je me borne à renvoyer aux principes que j'ai développés, *Traité des donat. et testam., tom.* 1er, 2e *édit., pag.* 382, 387 *et* 388. Je m'y explique sur les articles 954, 958 et 963, qui concernent la révocation des donations, par survenance d'enfans, pour cause d'ingratitude, ou pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles la disposition aurait été faite. Je renvoie également à ce qui est dit dans le même ouvrage, à l'égard du retour conventionnel, *pag.* 160 *et suiv.*, et au *tom.* 2, *pag.* 339 *et suiv.* Pour ce qui regarde le retour légal, à titre de succession, on peut voir ce qu'en a dit M. Chabot (de l'Allier) sur l'art. 747 *du titre des successions.* Basnage, *Traité des hypoth., chap.* 7, et d'Héricourt, *de la vente des immeubles, chap.* 11, *sect.* 2, *n°* 10, avaient traité cette matière; mais les décisions qu'ils donnent doivent être modifiées par les principes introduits par le Code civil.

157. D'après les principes anciens, si différens des principes actuels, le droit d'hypothèque était lui-même susceptible d'hypothèque. *Pignus pignori dari potest.* C'est ce que dit Pothier, d'après la loi 1re, au Code *si pign. pign., Introd. au tit.* 20 *de la Cout. d'Orl.*, et *Traité de l'hypoth., chap.* 1er, *sect.* 2, § 1er. Cette proposition ne peut plus être admise dans notre législation. On ne conçoit pas facilement que ce qui était purement l'hypothèque, pût devenir le sujet d'une nouvelle hypothèque; et peut-être la loi que je viens de citer ne s'applique-t-elle, dans sa première partie, qu'au cas où un débiteur aurait mis un objet en gage entre les mains de son créancier, et où celui-ci aurait fait passer le même objet, au même titre de gage, entre les mains d'un particulier dont il aurait été débiteur. Quoi qu'il en soit, il faut saisir le développement que Pothier donne à sa proposition. Ce développement conduit à l'explication des règles du *sous-ordre*, et à une décision qui, aujourd'hui, ne peut être adoptée, quoiqu'elle fût juste d'après les principes de son temps.

Pothier dit : « Quoique les créances mobilières, que j'ai contre des tiers, ne soient pas par elles-mêmes susceptibles d'hypothèques envers mes créanciers, néanmoins le droit d'hypothèque que j'ai sur les immeubles de mon débiteur, pour raison de quelqu'unes de ces créances, est hypothéqué à mes créanciers, auxquels j'ai obligé tous mes biens; c'est pourquoi si, quelqu'un de ces immeubles ayant été vendu par décret, je suis colloqué par ordre d'hypothèque, sur le prix, pour ma créance mobilière, mes créanciers hypothécaires, qui auront formé *opposition en sous-ordre*, toucheront, *par ordre d'hypothèque*, la somme pour laquelle j'ai été colloqué. » Il donne, avec quelqu'étendue, les raisons de cette décision, *Introd. au tit.* 21, *n°* 142. Pour abréger, je les réduis à ceci : c'est qu'un droit d'hypothèque qu'a un créancier dans les biens de son débiteur, saisis réellement, étant un droit dans des héritages, et, par conséquent, immobilier, est lui-même hypothéqué aux droits d'hypothèque de ses propres créanciers, en suivant, d'après Pothier, la règle *pignus pignori dari potest.* L'auteur conclut de là que lorsque les créanciers de celui qui avait un droit d'hypothèque sur un débiteur, formaient une opposition en sous-ordre, avant la délivrance du décret, ils

saisissaient réellement le droit d'hypothèque qui était hypothéqué au créancier leur débiteur; et de cette première conséquence, il vient à celle-ci, que l'effet de cette saisie est de donner à ces créanciers le droit de recevoir, en place de leur débiteur personnel, la somme pour laquelle celui-ci serait colloqué sur les biens saisis, chacun selon le rang de l'hypothèque qu'il avait dans le droit d'hypothèque appartenant à leur débiteur, dont cette collocation est le prix.

Voilà les principes qui réglaient anciennement l'effet des oppositions en sous-ordre. Or, ces principes ne peuvent plus être suivis aujourd'hui, d'après la disposition de l'art. 778 du Code de procédure civile, où il est dit : « Tout créancier pourra prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur; mais le montant de la collocation du débiteur sera distribué, *comme chose mobiliaire*, entre tous les créanciers inscrits ou opposans, avant la clôture de l'ordre. » Ainsi, il n'y a actuellement, dans ce cas, qu'une distribution par contribution, et non par *ordre d'hypothèque*, comme cela se pratiquait anciennement. La raison de ce changement tient au principe actuel, qu'il n'y a plus d'hypothèque sur une autre hypothèque, pas plus que sur d'autres actions simplement immobilières. La distribution, *par ordre d'hypothèque*, du prix du fonds, ne peut être que le résultat de l'hypothèque avec inscription sur le fonds même. Les créanciers venant à contribution, aux termes de cet art. 778, exercent simplement, comme créanciers non hypothécaires, un droit sur une chose mobiliaire, appartenante à leur débiteur, et qui est réputée saisie par eux, en vertu de leur inscription en sous-ordre.

158. Mais il ne faut pas confondre des droits successifs avec des actions tendantes à une revendication d'immeubles, qui, d'après ce qui a été déjà dit, ne pourraient être susceptibles d'hypothèque. Des droits successifs sont des objets corporels immobiliers, puisqu'ils ont pour résultat la transmission des immeubles qui composent une succession. A la vérité, elle peut aussi être composée de mobilier; mais il n'y a qu'une liquidation qui doit en être faite, qui puisse déterminer s'il y a du mobilier, et ce que peut être ce mobilier, comparativement aux immeubles qui en dépendent. Or, jusqu'à cette liquidation, rien n'empêche la transcription de la vente des droits successifs et de tout ce qui s'ensuit pour parvenir à la purgation des hypothèques. Ce qui a lieu pour le cas de la vente de toute une succession, doit aussi évidemment être admis pour le cas de la vente ou cession faite par un cohéritier, de ses droits ou d'une portion déterminée dans une succession : les motifs sont les mêmes.

Mais il y a à faire, à ce sujet, des observations importantes.

En premier lieu, l'acquéreur d'une succession, lorsqu'il n'y a pas de convention contraire dans le titre translatif, devient personnellement tenu du paiement des dettes de la succession, quoique néanmoins l'obligation du même paiement reste sur la tête du vendeur ou cédant. Or, il répugne aux principes que celui qui est déjà obligé personnellement au paiement des dettes auxquelles des biens sont sujets, puisse se racheter de son obligation personnelle, en faisant transcrire son contrat, et en observant ce qui doit avoir lieu ensuite, dans les cas ordinaires. On ne peut purger que des dettes hypothécaires auxquelles on n'est pas personnellement obligé, qui portent uniquement sur la chose, et qui ne peuvent être suivies sur un tiers, que par l'effet de la détention.

Cependant on sent qu'il est dans l'ordre que le tiers acquéreur puisse au moins purger, par l'effet de la transcription, les dettes hypothécaires qui étaient personnelles à son vendeur ou cédant. Il y a visiblement un intérêt, et il n'y a rien là de son fait. Il y a plus; on peut dire encore qu'il a droit et intérêt de purger les anciennes hypothèques qui avaient été imprimées sur les biens de la succession vendue, par les anciens propriétaires, antérieurs au vendeur, dont celui-ci

n'aurait pas été tenu personnellement, et dont il n'aurait pas reversé l'obligation sur l'acquéreur ou cessionnaire. Par rapport à l'héritier qui vend seulement sa portion personnelle dans une succession, on peut lui appliquer, relativement à sa portion, ce que j'ai dit pour la vente de toute une succession; et de plus, on pourrait dire qu'il faudrait distinguer l'obligation personnelle, attachée à sa qualité d'héritier, de l'obligation hypothécaire, par l'effet de laquelle on pourrait, à raison de son indivisibilité, lui demander au delà de ce qu'il devrait simplement pour sa portion personnelle, et que la transcription devrait garantir celui qui fait transcrire, de cet excédant.

En second lieu, il est essentiel de remarquer, relativement à la détermination de l'effet que doit avoir la cession de la portion seulement d'un cohéritier, que les hypothèques des créanciers de chacun des cohéritiers se restreignent aux seules choses qui échoient dans le lot de leur débiteur, et qui sont susceptibles d'hypothèques; qu'elles s'évanouissent et s'éteignent entièrement, lorsqu'il n'est échu au lot de leur débiteur, que des choses mobilières, et non susceptibles d'hypothèques; et qu'en conséquence, chacun des cohéritiers n'est nullement tenu des hypothèques des créanciers de ses cohéritiers, sauf l'intervention des créanciers d'un cohéritier au partage, pour la conservation de leurs droits, en empêchant qu'on ne fasse tomber dans le lot de leur débiteur, rien que des choses mobilières, non susceptibles d'hypothèque. J'ai développé les anciens principes sur cette question, qui ont préparé la disposition de l'art. 883 du Code civil, Traité des donations, *tome* 2, *pag.* 242 *et suiv.* Je me contente d'y renvoyer pour abréger.

J'observe qu'il en serait de même dans le cas d'une licitation. Ce cas est assimilé à celui du partage, par l'art. 883 du Code civil; mais je pense que cet article doit être restreint au cas de la licitation judiciaire, lors de laquelle un des cohéritiers se rend adjudicataire : car si la vente par licitation est faite à un étranger, alors ce n'est plus un partage entre cohéritiers, mais une aliénation faite par chaque héritier, de sa part indivise dans la masse de la succession, et, en conséquence, les créanciers de chaque héritier peuvent exercer leurs droits hypothécaires sur le prix de la vente, jusqu'à concurrence de ce qui revient à leur débiteur. C'est ce qu'observe judicieusement M. Chabot (de l'Allier), dans son Commentaire sur l'article 882 du Code civil, n° 5, et sur l'art. 883, n° 3. Aussi, dans l'ouvrage que j'ai déjà indiqué, je m'étais expliqué à l'occasion d'une licitation judiciaire qui avait eu lieu entre une sœur et un frère qui s'était rendu adjudicataire; et si j'ai cité des autorités conformes pour d'autres cas, on y verra que c'est avec une grande défiance.

Mais il faut faire une remarque importante, qui est une conséquence de ce qui vient d'être dit. Il peut arriver qu'un cohéritier qui jouit de toute la succession avant le partage, ou qui, même, ne jouit que d'une portion, mais toujours avant un partage, hypothèque, même spécialement, un immeuble dépendant de la succession, le regardant comme son bien propre, ou comme devant tomber dans son lot, lors du partage; si cet héritage ne tombe point dans son lot, par l'effet du partage, alors cette hypothèque devient absolument sans effet, et elle n'est pas même transférée, du droit, sur les autres immeubles qui écherraient, par le partage, à ce cohéritier. La raison en est simple, c'est qu'il n'y a d'hypothèque que celle qui est constituée spécialement sur un immeuble; et que, par les conséquences de l'art. 2166 du Code civil, on ne peut suivre, par la voie hypothécaire, en quelques mains qu'ils passent, que les immeubles sur lesquels on a *privilège ou hypothèque inscrite.* Ce serait seulement dans le cas d'une hypothèque légale ou judiciaire qui embrasserait tous les biens du cohéritier débiteur, que tous les immeubles quelconques qui écherraient à son lot, seraient hypothéqués.

Il n'est pas inutile de faire une observation sur un droit qu'aurait l'acquéreur

de la portion des droits successifs d'un cohéritier, dans le cas où un créancier voudrait faire procéder à l'expropriation de la portion d'un ou de plusieurs des autres cohéritiers. Il est dit, dans l'art. 2204 du Code civil, que le créancier peut poursuivre l'expropriation des biens immeubles de son débiteur, et d'un droit d'usufruit qui lui appartiendrait. Mais l'article 2205 apporte une modification à cette règle générale, en ces termes : « Néanmoins, la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession, ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer, s'ils le jugent convenable, ou dans lesquels ils ont le droit d'intervenir, conformément à l'article 882, au titre *des successions.* » Le sens de cet article a quelquefois embarrassé. Sa disposition était-elle applicable au créancier de la succession, comme à celui d'un des héritiers seulement ? On sent que, dans les principes de justice, cette disposition ne pourrait concerner que le créancier personnel d'un des héritiers, et non celui de la succession ; en sorte que c'est seulement dans le cas de la saisie immobilière, de la part d'un créancier personnel d'un des héritiers, que le partage peut être préalablement demandé à l'effet de déterminer sa portion dans les biens indivis, et que cette faculté cesse, lorsque la saisie part d'un créancier de la succession. Alors tous les biens de la succession sont également affectés à la créance qui donne lieu à la saisie ; tous les héritiers sont également débiteurs, et le partage ou la licitation sont des opérations étrangères à l'exercice du droit du créancier. Cela a été ainsi jugé, et avec raison, par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 4 mars 1810, rapporté par Denevers, *an* 1811, *pag.* 181, *supp.* L'auteur du recueil a cité deux arrêts semblables rendus par la Cour royale de Paris, les 1er juin 1807 et 10 mai 1810. On sent que le cédataire peut réclamer le même droit qu'aurait celui des héritiers qu'il représente, en cas de saisie de la portion revenant à un autre cohéritier de la part d'un créancier personnel de ce dernier. Je pense que les créanciers du cohéritier qui serait dans une position à pouvoir réclamer préablement le partage des objets indivis, pourraient exercer le même droit, d'après la maxime *creditor in universum jus debitoris succedit.*

On pourrait agiter la question de savoir si tout ce que je viens de dire, pour le cas de la portion indivise d'un cohéritier dans une succession, devrait être également observé, s'il s'agissait de la portion d'un copropriétaire, dans un objet simplement indivis entre lui et ses autres copropriétaires, sans qu'il fût question de succession.

Ghewiet, dans ses Institutions du droit belgique, *part.* 2, *tit.* 5, *art.* 16, enseigne bien le principe que je viens de poser, pour le cas d'une hypothèque prise sur les biens d'une succession ; il dit bien qu'alors l'hypothèque est transférée sur la part échue par le partage au cohéritier débiteur qui a consenti l'hypothèque, pourvu que ce partage soit fait comme il appartient, et sans fraude. Il se fonde sur un arrêt du parlement de Flandres, de 1678, qui l'a ainsi décidé. Mais, à l'article précédent, il dit le contraire pour le cas d'une hypothèque constituée sur un fonds simplement possédé par indivis. Il décide que, dans ce cas, l'hypothèque ne se transfère pas sur la part de celui qui l'a constituée ; de sorte que l'on ne peut dire que toutes les autres parts soient devenues libres. Cet auteur fonde cette distinction sur une jurisprudence introduite au même parlement de Flandres, et de plus sur la disposition de la loi 7, § *dernier*, ff. *quib. modis pign., vel, hypoth. solvit.*, qui y est en effet précise.

Mais cette distinction paraît n'avoir jamais été suivie dans la jurisprudence française. Suivant la loi ci-dessus citée, ainsi que suivant quelques autres du droit romain, l'hypothèque constituée par un cohéritier comme par un simple copropriétaire par indivis, abstraction faite d'une succession, devrait s'étendre sur chaque partie de l'objet indivis ou de la succession, proportionnellement à ce qui

y serait revenu au copartageant, ou au cohéritier qui aurait constitué l'hypothèque. Mais on a cru devoir s'écarter en France de la disposition de ces lois romaines, pour éviter les inconvéniens auxquels elles donnent lieu. C'est ce que Domat a parfaitement démontré, *Lois civiles*, *liv.* 3, *tit.* 1er, *sect.* 1re, *n°* 15, et dans une note savante qui est à la suite. Il établit la question pour le cas de l'héritage commun par indivis entre deux ou plusieurs personnes, comme entre des associés, ainsi que pour le cas d'une succession indivise entre des cohéritiers. Basnage, qui s'explique très bien à ce sujet, et dans le même sens que Domat, *chap.* 4, *n°* 2, n'a pas fait de différence entre une succession indivise, et tout autre objet indivis entre des copropriétaires, abstraction faite de toute qualité d'héritiers. L'injustice de faire porter l'hypothèque contractée par nn des cohéritiers, sur toutes les parties de la succession, ce qui grèverait infiniment des cohéritiers, est la même pour l'indivision hors le cas de succession. Aussi Basnage parle des *cohéritiers ou associés*. Au surplus, je n'insiste point sur ce qui concerne les conséquences de l'art. 2205 du Code civil. Elles tiennent à l'expropriation qui n'est pas proprement la matière que je traite en ce moment. Je renvoie, sous ce rapport, aux notes de M. Pailliet sur cet article : elles sont propres à en faciliter l'intelligence et l'application.

159. De ce qui vient d'être dit, il résulte bien que le partage fixe l'hypothèque des dettes passives personnelles de chacun des héritiers, sur leur lot, parce que le partage a un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession ; cela résulte encore de la règle *le mort saisit le vif*. Mais cette détermination de l'hypothèque devient le sujet d'une attention sérieuse de la part des cohéritiers, dans le cas où leur cohéritier dont la portion, dans les biens indivis, a été frappée d'hypothèque, jouit, ou de tous les biens, ou d'une partie supérieure à sa portion. Dans ce cas, il contracte envers ses cohéritiers l'obligation de leur restituer leurs portions des fruits perçus, depuis l'époque à laquelle cette perception a commencé. Lorsqu'ensuite on vient au partage, le cohéritier qui a perçu ces fruits, peut, sans contredit, se libérer en argent du montant des jouissances qu'il doit ; mais, lorsqu'il n'a point d'argent pour opérer cette libération, ses cohéritiers prennent des immeubles de la succession, qui auraient dû entrer dans la formation de son lot, et ce que jusqu'à concurrence des sommes qu'il doit. Ne pouvant rapporter, ou, pour mieux dire, payer, il prend moins. Mais, si les cohéritiers trouvent leur avantage dans cette opération, on sent que les créanciers du cohéritier redevable des jouissances, et qui s'en acquitte de cette manière, peuvent y perdre. Le fonds grevé d'hypothèques passerait ainsi au pouvoir des cohéritiers qui ne peuvent venir, sous ce rapport, qu'en qualité de créanciers ; et les hypothèques imprimées sur la portiondu cohéritier diminueraient nécessairement ; elles pourraient même être entièrement absorbées, selon le montant des restitutions de fruits qui seraient dues par le cohéritier grevé de ces hypothèques. Cette opération peut-elle se faire au détriment des créanciers hypothécaires du débiteur qui devrait les jouissances ? Cette question, comme on le sent, mérite d'être examiuée.

Le point essentiel est de se former des idées sur la nature du droit qu'ont les cohéritiers contre celui d'entre eux qui doit des jouissances. Or, sous quelque point qu'on considère ce droit, il se réduit à une simple action en restitution de fruits ; et on ne saurait y voir un droit de propriété sur la portion du cohéritier, qui est grevée d'hypothèque. J'ai vu faire quelquefois une mauvaise application, au moins à mon avis, de la règle *fructus augent hæreditatem*, qui se puise dans la loi 20, § 2 et 5, ff. *de hæredit. petit.*, et encore dans les lois 9 et 17, au Code *famil. ercisc.* Tout ce qui résulte de ces lois, c'est que tout ee qui avait pu provenir comme profit, à l'occasion des objets appartenans au défunt, faisait partie de ses biens, et pouvait être réclamé par

les voies particulières admises en matière de partage par le droit romain, pour être soumis à la division, en quelques mains et en quelque part qu'on le trouvât. C'est alors l'exercice d'un droit de propriété. Ce qui vient à l'appui de cette interprétation, c'est ce qu'on lit dans la loi 20, § 3, *sive ante aditam, sive post aditam hæreditatem accesserint* (*fructus*). Des héritiers ne peuvent avoir perçu des fruits comme héritiers avant l'ouverture de la succession, *ante aditam hæreditatem;* c'est ce qu'on voit de suite dans la même loi, *sed et partus ancillarum sine dubio augent hæreditatem*. La même induction se tire de ce qui est dit dans la loi 25, ff. *eod titul.*, § 20, *augent hæreditatem gregum et pecorum partus* et de ces termes de la loi 26, *quòd si oves natæ sunt, deindè ex his aliæ, hæ quoque quasi augmentum, restitui debent.*

Mais on ne voit nulle part dans le droit romain, ni dans le droit français, que les jouissances perçues par un des cohéritiers, de la totalité des biens de la succession, ou d'une partie qui excéderait sa portion, pussent donner lieu de droit, à une adhésion ou réunion de la portion en nature de ce cohéritier, aux portions des autres, jusqu'à concurrence de la valeur de ces jouissances. Partout il n'est question que de restitution, et les principes relatifs aux restitutions de fruits, lorsqu'il s'agit de possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, sont appliqués aux héritiers qui ont été en possession des biens de la succession, comme aux autres possesseurs. C'est ce qu'on voit dans le *Traité des successions* de Lebrun, *livre* 2, *chap.* 7, *sect.* 1re, dans les additions d'Espiard du Saux sur cet auteur, et dans les Lois civiles de Domat, *liv.* 3, *tit.* 5, *sect.* 3, *n°* 9.

Sans doute, lorsqu'il s'agit d'une liquidation de partage et d'une composition de lots, rien n'empêche un délaissement d'immeubles de la part du cohéritier qui a joui au delà de sa portion, pour tenir lieu des jouissances, dès que ce cohéritier ne peut les payer en numéraire, comme il aurait droit de le faire, ce qui prouve qu'il n'y a eu ni adhésion, ni réunion de sa portion aux autres. Mais ce mode ne peut avoir lieu que de ce cohéritier à l'égard des autres héritiers; et il ne peut en être de même respectivement aux créanciers du cohéritier, qui se présenteraient au partage, ainsi qu'ils en ont le droit, pour la conservation de leurs créances. Aucune loi, aucune disposition du Code civil, n'attribue ni hypothèque, ni privilége aux héritiers sur la portion de l'un d'eux, pour la restitution de ces jouissances. Celui-ci ne peut y être tenu, suivant le droit, qu'en vertu d'un quasi-contrat. Ainsi, les créanciers du cohéritier qui serait débiteur des jouissances, quoiqu'ils fussent même simples chirographaires, pourraient venir pour leurs créances, en concurrence et par contribution avec les cohéritiers créanciers des jouissances, sur le prix des immeubles mêmes qui devraient former la portion du débiteur de ces jouissances, comme sur le surplus de ses biens. Mais on sent tout l'avantage du créancier hypothécaire du cohéritier qui aurait joui, lequel créancier aurait pris une inscription sur la portion de ce dernier dans les biens indivis, soit que l'inscription eût été prise en vertu d'une hypothèque spéciale, soit qu'elle l'eût été en vertu d'une hypothèque générale, telle qu'une hypothèque judiciaire. Cette inscription aurait averti que cette portion était affectée en nature, et intégralement, par préférence à tout autre droit qui n'aurait été muni d'un privilége ou d'une hypothèque antérieure. Ce qui vient d'être dit, devrait également avoir lieu pour une hypothèque légale, qui frapperait les biens du cohéritier qui devrait une restitution de jouissances; parce que l'hypothèque, quoique non inscrite, et qu'on a dû prévoir, a le même effet que l'hypothèque spéciale ou judiciaire inscrite, en remontant au fait qui a donné naissance à cette hypothèque légale.

Tels sont les principes qui doivent avoir lieu, surtout sous un régime hypothécaire, dont l'objet a été particulièrement de veiller à la conservation des droits des tiers. S'il en était autrement, on sent

combien on pourrait commettre de fraudes au préjudice des ces derniers, par des suppressions de baux de ferme, ces quittances ou en tenant secrètes d'autres conventions dont le résultat pourrait être une libération des jouissances.

Cette discussion apprend à des cohéritiers et à tous copartageans, les risques qu'ils courent en laissant prolonger la jouissance de l'un d'eux, et l'intérêt qu'ils ont d'accélérer le partage des biens indivis. Elle peut encore donner un avis utile à des particuliers qui formeraient entre eux une association sur des objets de commerce, d'industrie et d'exploitation. On sent l'intérêt qu'ils peuvent avoir d'assurer à la société, par des inscriptions prises sur les immeubles des associés, la rentrée des sommes qui doivent y être mises, et de celles qui pourraient être dues par suite de recettes ou administrations.

160. Avant la promulgation de la loi du 11 brumaire an 7, les rentes foncières étaient réputées presque généralement immeubles. Les rentes constituées à prix d'argent n'étaient réputées telles que dans quelques Coutumes, ou dans le ressort de quelques parlemens où cette jurisprudence s'était formée. Les premières étaient susceptibles d'hypothèque dans presque toute la France, et les secondes l'étaient dans les pays où elles étaient réputées immeubles. Pothier, dans son Introduction générale aux Coutumes, qui précède son ouvrage sur la Coutume d'Orléans, n° 54, explique parfaitement les raisons qui les ont respectivement fait déclarer meubles ou immeubles. Il y est dit aussi n° 55, pourquoi on avait cru devoir donner aux rentes viagères le caractère d'immeubles. Mais, d'après l'art. 7 de la loi de brumaire, toutes ces rentes qui seraient créées à l'avenir ont dû être regardées simplement comme meubles, et elles n'ont plus été susceptibles d'hypothèque. La disposition de cet article a été confirmée par l'art. 529, 2e § du Code civil, qui porte : « Sont aussi meubles, par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'état, soit sur des particuliers. » Elle l'a été encore plus particulièrement par l'art. 2118, qui exclut toutes ces rentes de la possibilité d'être hypothéquées, en faisant porter cette possibilité uniquement sur les biens immobiliers qui sont dans le commerce, sur leurs accessoires réputés immeubles, et sur l'usufruit des mêmes biens et accessoires, pendant le temps de sa durée. Il n'y a aucune distinction à faire entre les rentes foncières, soit en argent, soit en denrées, et celles constituées à prix d'argent : les lois n'ont point distingué. Celle de brumaire est générale ; elle a fondé l'abolition de la qualité d'immeubles qu'avaient les rentes, sur ce qu'elles avaient été déclarées rachetables par les lois précédentes ; et l'art. 530 du Code civil prononce cette faculté de rachat pour toutes rentes quelconques, sauf une modification du délai dans lequel le rachat pourra avoir lieu, lequel ne peut excéder trente ans.

161. Mais, quant aux rentes créées avant la loi de brumaire, soit foncières, soit constituées à prix d'argent, cette loi, pour qu'il n'y eût pas d'effet rétroactif, leur a conservé, pour l'avenir, le caractère d'immeubles qu'elles avaient auparavant, au moins en ce qui concernait les hypothèques qui y avaient été imposées ou particulièrement, ou par l'effet de l'hypothèque générale qui avait lieu avant cette loi. Cela devait d'autant plus être, que la loi du 29 décembre 1790, quoiqu'elle établît le rachat des rentes foncières, ce qui en opérait la mobilisation, conserva néanmoins leur nature immobilière, sous certains rapports, dans le tit. 5 ; et elle prescrivit, dans le tit. 6, des mesures pour la conservation des hypothèques sur les rentes. Le vœu de la loi de brumaire résulte des mots *à l'avenir*, qui sont dans l'art. 7, et de plus des art. 42 et 47, qui s'expliquent sur les mesures à prendre pour la conservation de ces hypothèques par la voie de l'inscription. Enfin, le silence seul du Code civil sur la conservation des hypothèques imposées sur les anciennes rentes, emporterait la confirmation des dispositions de la loi de brumaire. Mais l'art. 655 du Code de procédure civile ne permet pas de douter de

l'intention du législateur, puisqu'il y est dit, à l'occasion de la distribution du prix des rentes par contribution, qui doit avoir lieu actuellement, *sans préjudice néanmoins des hypothèques établies antérieurement à la loi du* 11 *brumaire an* 7.

Ces hypothèques sur les rentes anciennes sont absolument assimilées à celles qui existaient, avant la loi de brumaire, sur les immeubles ordinaires, quant au mode de les conserver par l'inscription ; de sorte que si l'inscription n'avait pas été prise dans les délais prescrits par cette loi, et prorogés par des lois postérieures (ce qui fait en tout sept mois), elle aurait pu l'être après, et elle pourrait l'être encore sous le Code civil. Mais elle ne conserverait pas l'hypothèque à son ancienne date, cette hypothèque ne prendrait rang que du jour de l'inscription tardive, comme il en serait d'une pareille inscription sur de vrais immeubles, ainsi que je m'en suis déjà expliqué dans les § 2 et 4 de la section précédente.

On avait élevé quelques difficultés sur l'effet des inscriptions tardives, en ce qui concernait les hypothèques anciennes sur les rentes; mais toutes les idées sont fixées par un arrêt de la Cour de cassation, du 30 août 1807, rapporté par Denevers, *même année*, *pag.* 346. Cet arrêt fait disparaître toute différence, en cette partie, entre les anciennes hypothèques sur les rentes, et les anciennes hypothèques sur les immeubles proprement dits. Cependant quelques personnes avaient renouvelé ces difficultés, et elles se fondaient sur un autre arrêt de la même Cour, du 20 frimaire an 14. Mais M. Chabot (de l'Allier), *Quest. trans.*, au mot *Hypothèques*, § 4 et 5, a réfuté, dans une dissertation lumineuse à laquelle il me suffit de renvoyer, parce qu'il me paraît impossible de ne pas s'y rendre, les inductions que l'on voulait tirer, en ce sens, de cet arrêt du 20 frimaire an 14. Il a prouvé que l'on devait s'en tenir à la jurisprudence établie par celui du 30 août 1807.

L'art. 42 de la loi de brumaire porte que les inscriptions, pour les droits d'hypothèque, ou privilége acquis, avant sa promulgation, sur les rentes foncières et constituées, seront prises, savoir, sur les rentes foncières, au bureau des hypothèques de la situation des immeubles sur lesquels elles ont été créées, et sur les rentes constituées, au bureau du dernier domicile du créancier de ces rentes. Cet article fait disparaître la nécessité où l'on était anciennement de former opposition dans le lieu des bureaux où certaines rentes étaient payables, telles que celles sur le roi, sur l'hôtel de ville de Paris, sur des corporations, etc. La disposition de l'art. 50 rentre dans les mêmes idées. De là il résultait que les transcriptions des ventes, des rentes foncières anciennes devaient être faites au bureau de la situation des immeubles sujets à la rente, et que les transcriptions des actes de mutation des rentes constituées anciennes devaient se faire au bureau du domicile des créanciers ou propriétaires vendeurs de ces rentes. Telle est aussi la disposition de l'art. 45 de la même loi. On sent que ces dispositions, auxquelles il n'a été dérogé par aucune autre loi, doivent encore être suivies.

Je ne me suis occupé jusqu'à présent des rentes anciennes, que sous le rapport de la conservation des hypothèques dont elles étaient empreintes, comme réputées immeubles en faveur des créanciers de ceux qui en sont propriétaires. Mais il faut les considérer sous un autre aspect, qui est celui des mesures à prendre pour conserver ces mêmes rentes, respectivement à ceux qui les doivent.

Or, pour que ces rentes anciennes, comme celles créées postérieurement à la loi de brumaire, soient conservées sur les biens de ceux qui les doivent, il faut l'inscription sur ces biens de la part du créancier de la rente, comme pour toutes autres créances de la part des créanciers. Il ne doit pas y avoir d'exception pour les rentes antérieures à la loi de brumaire. Quoique cette loi ait conservé les hypothèques dont elles étaient empreintes auparavant, on sent que, sous le rapport de la conservation des rentes mêmes,

l'inscription était nécessaire sur les biens de ceux qui en étaient débiteurs, comme elle l'est pour les créances mobilières ordinaires. C'est un des points jugés en thèse par un arrêt de la Cour de cassation, du 29 juin 1813, rapporté dans le recueil de Denevers, *an* 1815, *pag.* 113, qui a décidé plusieurs questions importantes sur la nature et la mobilisation des redevances foncières. Cela résulte aussi d'un arrêt de la Cour royale de Nismes, du 23 frimaire an 14, rapporté dans le même recueil, *an* 1806, *pag.* 68, *suppl.*; et c'est ce qui se pratique journellement. On sent qu'en cas de négligence, de la part du créancier de la rente, de prendre inscription sur les biens qui y sont sujets, le créancier du propriétaire de la rente pourrait prendre cette inscription au nom de ce propriétaire, ou en son nom comme créancier. Il est d'autant plus important que les biens du débiteur de la rente soient frappés d'inscription, que ce débiteur pourrait rembourser avec sûreté le capital au propriétaire de la rente, au préjudice d'une inscription qui serait faite seulement sur ce dernier par un de ses créanciers. L'inscription sur la rente, soit foncière, soit constituée, n'équivaudrait pas à une inscription, soit sur le débiteur de la rente, soit sur ses biens. Tout cela avait été prévu par les art. 2 et 3 du titre 6 de la loi du 29 décembre 1790. Dans cette vue, ces articles prescrivaient des précautions auxquelles je renvoie pour abréger. Mais celles que je viens d'indiquer, suffisent; et encore, au besoin, le créancier du propriétaire de la rente pourrait former, entre les mains du débiteur de cette rente, une opposition au remboursement du capital.

Je dois cependant remarquer que la Cour de cassation, *section des requêtes*, semble avoir jugé, par un arrêt du 23 décembre 1806, rapporté par Denevers, *an* 1807, *pag.* 35, qu'on pouvait acquérir une hypothèque sur une maison par l'intermédiaire de l'hypothèque sur une rente constituée, à laquelle cette maison était hypothéquée. Mais cet arrêt est rendu dans des circonstances si particulières, que je crois devoir me dispenser d'entrer dans la discussion de son résultat; et je pense devoir m'en tenir à ce que je viens de dire, et à l'observation que j'ai faite dans un des numéros précédens de ce §, qu'un droit d'hypothèque n'est plus susceptible d'hypothèque, car l'espèce qui se présentait lors de cet arrêt pourrait rentrer dans cette question.

Quant aux formalités à suivre, lorsque la saisie des rentes devient nécessaire, elles sont tracées dans le titre 10 du liv. 5 du Code de procédure civile. Il n'y a d'autre distinction que celle que fait l'art. 655, en ce qu'il n'y a de distribution du prix, par contribution, que pour les rentes créées postérieurement à la loi de brumaire, et que la distribution, selon l'ordre des hypothèques, est conservée à l'égard de celles qui ont été créées avant cette loi.

Il s'est élevé la question de savoir si la procédure établie par ce tit. 10 ci-dessus, peut avoir lieu pour les rentes viagères, comme pour les autres rentes. Quelques auteurs ont même été divisés sur cette question; mais je pense que c'est avec raison que l'affirmative a été adoptée par un arrêt de la Cour royale de Caen, du 21 juin 1814, qui est dans le Recueil de Denevers, *an* 1815, *pag.* 2, *suppl.*

Je termine par une observation relativement aux rentes anciennes, distinguées sur le nom de rentes foncières, qui étaient susceptibles d'hypothèques; c'est qu'on ne doit pas mettre dans cette catégorie les rentes foncières qui étaient rachetables. Ce point n'était pas autrefois sans difficulté. Denisart, aux mots *Rentes foncières*, disait bien que ces rentes étaient foncières de la même manière que celles qu'on n'aurait pas pu racheter; il en donnait pour raison que la faculté de racheter était une qualité accidentelle, qui n'en changeait pas la nature; mais d'après des arrêts que cet auteur cite dans une édition postérieure, il paraît ne plus tenir à cette opinion. D'ailleurs, M. Tronchet, dont l'opinion est d'un grand poids, lors d'une discussion qui s'éleva au Conseil d'état, sur la question de savoir si on insérerait dans le

Code civil les articles 530 et suivans, soutenant l'inutilité de cette législation sur les rentes, disait que si, pour corriger l'inconvénient de leur existence, on les déclare rachetables après un terme, *on les dépouille de leur caractère de rente foncière :* en sorte que tout ce qui a été dit ci-dessus sur les rentes foncières, constituées avant la loi de brumaire, ne doit s'appliquer qu'aux rentes foncières irrachetables.

162. On pourrait demander si un droit de *percière* ou de *champart*, créé, soit avant la loi de brumaire, soit depuis et sous le Code civil, est susceptible ou non d'hypothèque, comme objet immobilier. Ce droit était encore connu dans certaines Coutumes, sous le nom de *terrage*, *agrier*, *carpot*. On pourrait dire pour l'affirmative, que ce droit diffère, sous quelques rapports, de la rente foncière. Ce droit ne consiste pas, en effet, en une prestation annuelle, portable à celui à qui il appartient, ce qui est le caractère de la rente foncière constituée, soit en denrées, soit en argent. L'exercice de ce droit consiste à pouvoir se transporter sur le fonds, lors de la moisson, et y prendre la portion de récolte en nature, selon la quotité réglée par le titre. Ce droit, dirait-on, ne peut exister sans l'idée de la propriété pleine et entière du fonds, au moins jusques et à concurrence de la portion de récolte qu'il donne droit de percevoir; que c'est aussi par cette raison, sans doute, que Dumoulin sur la Coutume de Paris, *partie* 2, *tit.* 2, *n*^os^ 2 *et* 3, l'appelle *campi pars*. On pourrait ajouter que celui qui est propriétaire de ce droit, a la faculté de surveiller à la culture, afin qu'elle produise en récolte le résultat convenable et ordinaire; qu'il peut s'opposer aux dégradations, et demander non seulement des dommages-intérêts mais encore la résiliation du bail de concession, attendu son inexécution de la part de celui à qui il a été fait, ou de tout autre détenteur.

Néanmoins nous pensons que ce droit ne peut être regardé comme un droit immobilier, susceptible d'hypothèque; il a été déclaré rachetable, par l'article 1er du tit. 1er de la loi du 29 décembre 1790. D'après les art. 7 et 42 de la loi de brumaire, la mobilisation des rentes foncières a pris son principe dans la faculté de rachat, qui en avait été ordonnée par les lois précédentes. Il n'est pas même parlé, dans ces articles, des rentes foncières seulement; il y est ajouté, *et les autres prestations* que la loi a déclarées rachetables. Enfin, il résulte de l'esprit du Code de procédure civile, notamment de l'article 530, que toutes prestations quelconques, quels qu'en soient la nature et le mode, constituées par suite de la tradition d'un fonds, sont toujours rachetables, ce qui leur donne un caractère d'objet mobilier; et les termes de l'art. 2118 emportent l'exclusion de la possibilité d'hypothéquer de tels objets; en sorte que le droit dont il s'agit, doit être assimilé à la rente foncière, pour la nature, et pour le mode de conservation.

163. Il est dit dans l'art. 529 du Code civil : « Sont meubles..... les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendans de ces entreprises appartiennent aux compagnies : ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. » Cet article éprouve des difficultés dans la pratique : quant à moi j'avoue que je ne les trouve pas sérieuses.

Il faut d'abord remarquer comment était conçu l'article, devenu le 529, lorsqu'il fut soumis à la discussion. Il y était dit : « Sont meubles...... *les actions dans les compagnies* de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendans de ces entreprises appartiennent aux compagnies, etc. » Qu'on fasse bien attention qu'il était seulement dit, *les actions dans les compagnies*, etc., tandis que, lors de la rédaction définitive, il fut dit, *les actions ou intérêts*, etc. On doit remarquer encore que, lors de la rédaction définitive, il fut ajouté ces termes essentiels, qui ne se trouvaient pas dans la première rédaction : « Les actions ou intérêts *sont réputés meubles* à l'égard de

chaque associé seulement, *tant que dure la société.* » On sent que l'addition des mots *ou intérêts*, et des autres expressions que je viens de rapporter, a eu une cause qu'il faut rechercher. Or, on s'en fait une idée précise, en se pénétrant des deux discussions qui eurent lieu au Conseil d'état, le 20 vendémiaire an 12 et le 4 brumaire suivant, lesquelles discussions doivent être rapprochées l'une de l'autre. On y voit que M. Tronchet, notamment, prétendit qu'il ne fallait pas confondre l'action avec l'intérêt dans une entreprise; que l'intérêt rend associé et copropriétaire, et que l'action ne rend que commanditaire, et ne donne droit qu'à la somme qu'on a fournie. On en concluait qu'en principe, le droit résultant de l'intérêt est immeuble, et que l'action n'est meuble que lorsqu'elle ne rend pas copropriétaire des immeubles, et ne soumet pas aux demandes qui peuvent être faites contre la société.

La suite de la discussion, qui serait inutile que je rapportasse en entier, apprend que cette distinction fut adoptée, et que c'est ce qui donna lieu aux changemens importans que j'ai fait observer. Mais il n'en résulte pas qu'on ait entendu que les parts dans *l'intérêt* de l'entreprise devinssent de suite immobilières, tandis que les *actions* seraient seulement mobilières : on entendit que tant les parts dans les intérêts, que les actions, seraient réputées meubles. La raison en fut que, comme le disait M. Treilhard, aucun des individus qui composent le corps de l'association, n'est propriétaire des immeubles; que les immeubles ne sont que des accessoires de la société, et, en quelque sorte, des instrumens de l'entreprise; que quant aux actions, elles sont mobilières, et qu'il est nécessaire de leur conserver cette qualité, parce qu'il importe d'en faciliter la circulation; que cependant on pouvait abuser du principe, pour prétendre que les immeubles auxquels des actions donnent droit, doivent, même après la dissolution de la société, être réputés de la même nature que les actions, *et pour prévenir cette fausse conséquence, on a dû exprimer que la fiction ne durerait qu'autant que la société.*

Ainsi, en se pénétrant bien de la discussion qui a préparé l'art. 529, tel qu'il est rédigé, on est convaincu, que d'après l'esprit et la lettre de cet article, toutes actions sur les produits d'une association de finances, de commerce ou d'industrie, qui est propriétaire d'immeubles, quelle que soit l'origine de ces actions, qu'elles tiennent à un intérêt dans l'entreprise, ou à de simples droits aux produits, sont purement mobilières, tant que l'association dure; et que c'est seulement lorsqu'elle cesse, que les immeubles qui en faisaient l'instrument ou la garantie, reprennent leur caractère originaire d'immeubles, et sont susceptibles de l'hypothèque sur chacun de ceux qui y ont des portions.

Cet art. 529 étant ainsi entendu, il est difficile d'adopter la décision prise par la Cour royale de Paris, par un arrêt du 17 février 1809, rapporté par Sirey, *même année, 2e partie, pag.* 249. Il s'agissait de savoir si on devait regarder comme meubles ou immeubles des parts dans les produits du droit de péage qui se perçoit sur les marchandises qui sont transportées sur le canal de Briare, en conséquence d'une association ancienne, autorisée par le souverain. La propriété du canal avait été délaissée à cette association qui remontait au règne d'Henri IV. Des priviléges particuliers lui avaient été concédés par le roi, qui créa à son profit le droit de péage. La question était de savoir si ces parts de produit devaient être vendues comme meubles ou comme immeubles; ce qui aurait emporté celle de savoir si elles étaient ou non susceptibles d'hypothèque, et si les ventes qui en seraient faites, devaient ou non être soumises à la transcription et à l'inscription. La Cour royale les considéra comme immeubles; elle se fonda sur ce que tous les associés à ce canal étaient copropriétaires; que le canal et autres immeubles, loin d'être une simple dépendance de la société, en étaient au contraire la chose principale et le fondement; que le droit de péage n'en

était que le produit. Je crois pouvoir dire que ces motifs sont contraires à l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'art. 529. Les motifs du tribunal de la Seine, qui avait décidé différemment, et qu'on voit dans le recueil, rentrent absolument dans cet article. J'y renvoie pour abréger. Les motifs de la Cour royale peuvent être conformes aux principes généraux de la matière; mais l'art. 529 est le résultat d'un droit particulier qui tient à la nature de l'objet auquel il s'applique : il devient indispensable de le suivre, quels que soient les principes généraux. Toute législation se compose de règles et d'exceptions. Il est vrai que la Cour royale de Paris ajoutait à ses premiers motifs, qu'il s'agissait, d'ailleurs, d'un partage entre cohéritiers, et des droits des créanciers; mais ce motif ne pouvait déterminer la décision qui a été prise. Quoique ces actions se trouvent dans une succession, et qu'il y ait des créanciers chirographaires et des créanciers hypothécaires entre lesquels la question s'élève, cette circonstance est indifférente; la nature des actions est la même. La mort d'un des propriétaires d'actions ne dissout pas la société; elle reste, et les actions qu'on peut vendre passent dans le commerce avec les mêmes droits qu'elles attribuaient auparavant. Ces droits se trouvent toujours, d'après leur nature, sur les immeubles, lorsque l'association se dissout : c'est seulement alors que cesse la fiction établie par la loi, relativement aux actions ou intérêts. Il n'y a que les actions relatives à ces canaux, qui ont été immobilisées, qui peuvent être considérées comme immeubles, et qui sortent de l'application de l'art. 529 du Code civil. J'ignore que les actions du canal de Briare aient été immobilisées; ce qui ne pourrait avoir eu lieu que depuis l'arrêt de la Cour royale de Paris, du 17 février 1809. Au surplus, il était utile de connaître les principes relatifs à l'intelligence de l'art. 529 du Code civil.

Après avoir ainsi traité la question, et mon ouvrage étant à l'impression, j'ai eu connaissance d'un arrêt de la Cour royale de Toulouse, du 31 juillet 1820, qui la résout dans les mêmes principes. Cet arrêt, qui est rapporté par M. Laporte (continuateur de Denevers), *an* 1821, *pag.* 87, *au suppl.*, est d'autant plus important qu'il fait l'application de ces principes à l'hypothèque même la plus favorable, puisqu'il s'agissait d'une hypothèque légale réclamée par l'épouse de l'un des associés. Il est encore remarquable par la solidité de ses motifs. Les faits étant exposés dans le recueil, d'une manière si précise qu'ils ne sont point susceptibles d'analyse, je transcrirai, d'après le recueil, les faits avec l'arrêt.

« Une société commerciale s'était formée, en l'an 11, entre les frères *Guibert* et le sieur *Sol*, ce dernier en qualité d'associé commanditaire. L'année suivante, l'un des frères Guibert se rendit adjudicataire d'un immeuble, dont le prix fut acquitté avec les deniers de la société.

« Postérieurement, les sieurs Guibert et compagnie ont fait faillite; un concordat a été passé avec leurs créanciers; et le sieur Sol, chargé d'opérer la liquidation de la société, a fait vendre l'immeuble qu'elle avait acquis précédemment.

« Alors les dames Guibert ont produit à l'ordre; elles ont prétendu que la loi accordait à la femme une hypothèque sur tous les biens de son mari sans exception, soit qu'il les possédât en commun avec des tiers, soit qu'il en fût seul propriétaire; elles ont réclamé, en conséquence, le bénéfice de leur hypothèque légale.

« Le sieur Sol s'est opposé à cette prétention; il a fait remarquer qu'en aucun cas les immeubles sociaux ne pouvaient être frappés des hypothèques personnelles aux divers associés, tant que la société n'était pas dissoute et le partage effectué; il s'est prévalu de l'opinion de M. Goupil-Préfeln, qui, dans son rapport au Tribunat, s'exprime ainsi sur l'art. 259 du Code civil : « Chacun des sociétaires ou des « intéressés ne pourrait, sans doute, « *hypothéquer* sa portion virile dans ses « immeubles; et son droit se borne à « demander, soit son dividende, d'après « le contrat de société, soit, lors de la « liquidation de la société, sa part affé-

« rente dans l'association; mais, tant que « dure la société, il n'est pas propriétaire « de sa portion dans l'immeuble dont il « ne peut user, mais de sa portion dans « la valeur de cet immeuble. »

« Le 9 juin 1818, jugement par lequel le tribunal civil de Toulouse surseoit à la décision du procès, sous le prétexte qu'il ne peut acquérir des connaissances suffisantes pour statuer sur les contredits qu'après que la liquidation de la faillite sera terminée.

« Appel de la part du sieur Sol. Sur cet appel est intervenu l'arrêt qui suit :

« Attendu qu'il est constant, *en fait*, que l'immeuble sur lequel les dames Guibert prétendent avoir une hypothèque légale, fut acquis pendant la durée, au nom et pour le compte de la société de commerce connue sous le nom de *Guibert frères, cousins et compagnie;* que ledit immeuble fut payé des deniers sociaux, et que, lorsqu'il a été vendu au nom et pour le compte de la société, cette société, quoique dissoute, durait encore, sous ce rapport que la liquidation n'était pas faite, que les créanciers n'étaient pas payés, qu'aucun partage n'avait été ni pu être effectué, et qu'ainsi l'état de communauté et d'indivision entre associés subsistait toujours; — Attendu, dès lors, *en droit*, qu'il est incontestable que l'hypothèque légale des dames Guibert, à elles concédée par la loi sur les biens de leurs maris, n'a jamais frappé ni pu frapper la maison sociale dont il s'agit; en effet, l'hypothèque légale de la femme ne peut frapper que des biens immobiliers appartenant au mari et qu'il pourrait hypothéquer lui-même, il n'en est pas ainsi des droits du mari qui se trouve membre d'une société de commerce, sur les biens de cette société; car, d'une part, et suivant l'article 1869 du Code civil, « l'associé qui « n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses, même mo- « bilières, qui dépendent de la société; » d'autre part, d'après l'art. 529 du même Code, « les actions ou intérêts dans les « compagnies de commerce, encore que « des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent à ces compa- « gnies... sont réputés *meubles* à l'égard « de chaque associé seulement, tant que « dure la société. » Or, ces derniers mots doivent être entendus de manière que les créanciers personnels d'un associé n'aient pas plus de droit que lui, et que la règle est applicable tant que le partage des effets sociaux n'est pas effectué. S'il en était autrement, la condition fondamentale du contrat de société, qui est que cette société soit contractée pour l'intérêt commun des parties, serait journellement violée, puisque l'un des associés solidaires pourrait grever de ses propres dettes des immeubles qui n'étaient destinés qu'à garantir les dettes sociales. En outre, les principes sur les effets du partage des successions, qui, aux termes de l'art. 1872 du Code civil, sont applicables aux partages entre associés, seraient ouvertement méconnus; car, d'après ces principes, l'immeuble licité ou échu au lot de l'un des copartageans, est censé n'avoir jamais appartenu aux autres copartageans. Cette sage fiction de la loi ne se réaliserait jamais, si les hypothèques acquises contre l'un des associés continuaient de grever l'immeuble qui ne lui est échu ni par la voie de licitation, ni par la voie du sort. L'abus serait bien plus criant, si, comme on le veut dans l'intérêt des dames Guibert, leurs hypothèques pouvaient frapper l'immeuble social vendu pour les besoins de la société, et détourner à leur profit un prix qui ne serait pas suffisant pour payer les dettes de la société. Il en résulterait que l'un des associés ne contribuerait pas au paiement des dettes sociales; qu'il prendrait une portion de l'actif là où l'actif peut à peine combler le passif, ou plutôt que son créancier, son ayant-cause, ferait ce qu'il ne pouvait pas faire lui-même. Un tel système est contraire à toutes les idées reçues en matière de société, de communauté d'intérêts; et la demande des dames Guibert en allocation sur le prix d'un immeuble social est évidemment mal fondée. — Disant difinitivement droit aux parties, réformant le jugement du 9 juin 1818, déclare qu'il

n'y avait pas lieu à surseoir au jugement du procès; et, faisant ce qu'auraient dû faire les premiers juges, statuant au fond, rétractant, quant à ce, l'ordonnance du juge-commissaire, rejette les deux demandes en allocation formées par les dames Guibert, et déclare n'y avoir lieu de les allouer, pour le montant de leurs hypothèques légales, sur le prix de la maison dont il s'agit. »

164. Il y a des biens qui, de leur nature, sont meubles, mais que le législateur, dans des vues politiques, et par exception aux principes généraux de la matière, ainsi que je l'ai déjà dit, déclare immeubles. C'est alors une immobilisation fictive, qui équivaut à une immobilisation réelle, en se conformant aux règles établies pour ce cas. Telles sont les actions de la banque de France. Voici ce que porte l'art. 7 du décret du 16 janvier 1808, qui arrête définitivement les statuts de cette banque, en conséquence des lois antérieures, et, par exprès, de l'art. 22 de celle du 22 avril 1806 : « Les actionnaires qui voudront donner à leurs actions la qualité d'immeubles, en auront la faculté; et, dans ce cas, ils en feront la déclaration, dans la forme prescrite pár les transferts. Cette déclaration une fois inscrite sur le registre, les actions immobilisées resteront soumises au Code civil et aux lois de privilége et d'hypothèque, comme les propriétés foncières : elles ne pourront être aliénées, et les priviléges et hypothèques être purgés, qu'en se conformant au Code civil et aux lois relatives aux priviléges et hypothèques sur les propriétés foncières. » Il n'en est pas de ces actions comme de plusieurs immobilisations fictives d'objets qui, anciennement, ne pouvaient être considérés comme immeubles.

165. L'art. 529, § 2, déclare meubles les rentes perpétuelles ou viagères, *soit sur l'état*, soit sur les particuliers; mais celles sur l'état peuvent être immobilisées en un cas, qui est celui de la formation d'un majorat, dans lequel ces rentes, ainsi que les actions de la banque de France, peuvent être admises. Telle est la disposition de l'art. 2 du décret du 1er mars 1808. Mais ces rentes venant même à composer un majorat, et par conséquent à être immobilisées, n'en deviennent pas plus susceptibles d'être hypothéquées, parce que, suivant les art. 41 et suivans du même décret, les biens affectés aux majorats ne peuvent être ni aliénés, ni frappés de privilége ou d'hypothèque. A l'occasion du majorat qui devait être établi, à titre de munificence royale et nationale, si justement méritée, en faveur de M. le duc de Richelieu, on avait insinué, dans les séances de la Chambre des députés, des 25, 28 et 29 janvier 1819, que les majorats étaient abolis par la Charte, quoique leur existence fût supposée par l'art. 896 du Code civil; mais cette prétention fortement et justement combattue, et surtout par M. le garde des sceaux (M. le comte de Serres), n'a eu aucune suite. Je me borne à ces observations sur cette matière, parce qu'il est aisé de sentir que ce qui concerne les majorats doit encore être l'objet d'une organisation nouvelle, et qu'il ne peut y avoir, quant à présent, sur cette partie, ni législation suffisamment établie, ni jurisprudence assez formée.

166. Les navires et autres bâtimens de mer ont été, de tout temps, le sujet de lois particulières, soit relativement à la fixation de leur qualité de meubles ou immeubles, soit par rapport aux formes sous lesquelles ils pouvaient être saisis judiciairement, et vendus. L'organisation du commerce maritime fut le sujet de l'ordonnance de 1681, qui est distinguée parmi celles qui ont honoré le siècle de Louis XIV, et qui ont toujours servi de type aux lois postérieures, rendues sur les mêmes matières. Lorsqu'on s'occupait du Code civil, on songeait à insérer une législation maritime dans le Code de commerce; et il fut dit, dans l'art. 2120, qu'il n'était rien innové aux dispositions des lois maritimes, concernant les navires et bâtimens de mer. Cette législation maritime se trouve dans le livre 2 du Code de commerce. L'art. 190 déclare *meubles* les navires et autres bâtimens de

mer. Cela résultait déjà de la définition générale de ce qui est meuble, établie par l'art. 528 du Code civil; les privilèges, leur conservation, les formalités pour les saisies et pour les ventes, sont ensuite réglés par le Code de commerce. On sent que cette matière ne doit pas entrer dans un Traité des hypothèques; elle serait plutôt l'objet d'un ouvrage sur les expropriations. Il me suffit de renvoyer aux titres du Code de commerce qui s'en expliquent, et aux ouvrages qui ont paru sur la législation commerciale, et notamment à celui de M. Pardessus. On consultera aussi avec fruit la savante analyse sur le Code de commerce, de M. Locré, *Esp. du Code de comm.*, *tom.* 3, *pag.* 2 *et suiv.* Néanmoins j'en dis un mot, en traitant des privilèges.

§ II.

De l'indivisibilité de l'hypothèque, et de la solidarité qui en résulte. De la réduction des hypothèques conventionnelles.

SOMMAIRE.

167. *De l'indivisibilité de l'hypothèque.*
168. *De la modification du principe de la solidarité, qui eut lieu relativement aux personnes qui avaient émigré.*
169. *Points essentiels, relatifs à la solidarité de l'hypothèque.*
170. *Les héritiers du débiteur ne peuvent être attaqués que personnellement pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout. Fondement de cette règle.*
171. *De quelques Coutumes où il y avait une législation contraire. Observations sur la question de rétroactivité.*
172. *L'héritier du débiteur peut se soustraire à l'action hypothécaire par l'abandon de l'immeuble hypothéqué.*
173. *L'héritier peut se soustraire à l'action hypothécaire par le délaissement, mêmequand il aurait été condamné hypothécairement pour le tout. Il peut user du bénéfice de la discussion.*
174. *Du recours d'un des héritiers qui a payé la dette, contre les autres.*
175. *De l'héritier pur et simple qui est, en même temps, créancier personnel et hypothécaire du défunt.*
176. *Du cas de la confusion qui s'opère par la réunion des qualités de créancier et de débiteur.*
177. *De la solidarité des rentes foncières; de celles créées anciennement.*
178. *De la solidarité des rentes foncières, créées depuis le Code civil.*
179. *De plusieurs difficultés auxquelles donne lieu le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, et surtout le concours des hypothèques générales avec les hypothèques spéciales. Premier exemple.*
180. *Deuxième exemple.*
181. *Troisième exemple.*
182. *Principe à l'aide duquel on peut rendre justice à tous les créanciers hypothécaires qui sont en concurrence. Quatrième exemple.*
183. *Exemples de moyens frauduleux qu'il faut tâcher de repousser.*
184. *Rejet du système du partage au marc le franc, entre les hypothèques spéciales qui se trouvent en concours avec des hypothèques légales ou générales.*
185. *Du cas où, à l'occasion d'une hypothèque spéciale, il survient une hypothèque judiciaire.*
186. *Du cas de concours des hypothèques générales pour rentes constituées, foncières et viagères, avec des hypothèques spéciales.*
187. *Du concours des hypothèques pour créances conditionnelles ou éventuelles, avec d'autres hypothèques.*
188. *De la réduction de l'hypothèque conventionnelle.*
189. *De la réduction de l'hypothèque conventionnelle et générale, antérieurement à la loi de brumaire.*

190. *Du cas où une hypothèque générale est modifiée par un traité postérieur.*

167. L'INDIVISIBILITÉ a été, de tout temps, un des principaux caractères de l'hypothèque. Cette indivisibilité avait été admise dans le droit romain, et elle a été ensuite adoptée dans le droit français. Il n'y avait pas un praticien qui, mêlant le latin avec le français, ne sût dire, l'hypothèque est indivisible, *est tota in toto, et tota in quâlibet parte*. Les résultats de cette règle sont parfaitement exprimés, et en peu de mots, dans la loi 8 ff. *de distract., pign. et hypoth. Creditoris* ARBITRIO *permittitur, ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis*, AD SUUM COMMODUM *pervenire*. Ainsi, la loi ne prescrit, en général, aucun ordre successif dans l'exercice du droit d'hypothèque.

On peut donc dire qu'en matière de contrats il y a deux espèces de solidarité, savoir : la solidarité personnelle et la solidarité hypothécaire. La première consiste en ce que, lorsque plusieurs personnes ne sont obligées solidairement au paiement d'une somme, mais sans hypothèque, le créancier peut se faire payer, par chacun d'eux, de la totalité de la somme et des intérêts qui en sont dus, sauf l'exercice de l'hypothèque qui serait acquise dans la suite, toujours pour la totalité de la créance, sur les immeubles appartenans à l'un des débiteurs solidaires, en vertu de condamnations ultérieures. Quant à la solidarité hypothécaire, elle peut exister, abstraction faite de toute action personnelle, sur les héritages qui, dès le principe, ont été grevés de l'hypothèque pour la sûreté de la créance. Alors chaque partie de ce qui a été hypothéqué, soit qu'il y ait un seul immeuble, soit qu'il y en ait plusieurs, peut être poursuivie par la voie hypothécaire, sur tout détenteur quelconque. Tel est le résultat de l'art. 2114 du Code civil, où il est dit que l'hypothèque est de sa nature indivisible, et qu'elle subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle le suit dans quelques mains qu'ils passent. Le même principe se retrouve dans l'art. 2166.

168. Le principe de la solidarité, lorsqu'elle doit avoir lieu, ou par la loi, ou par la convention, est tellement sacré qu'il n'a pu être détruit dans des circonstances où ce qu'on appelle une force majeure fait tout fléchir. Ce principe fut cependant modifié par l'effet de cette force majeure; mais il fut reconnu et proclamé hautement, et exécuté, avec autant d'avantage qu'il était possible, en faveur des créanciers. Lorsque les biens des émigrés furent confisqués, il fut dit, dans les lois relatives à l'émigration, et notamment dans celle du 1er floréal an 3, art. 112, que les créanciers sur les biens indivis avec des émigrés seraient liquidés comme les autres créances existantes sur ces derniers, mais *pour la portion seulement qui concerne la nation*. En sorte qu'il résulta de là que la solidarité de l'action hypothécaire était bien abolie, mais que c'était seulement envers la nation, et non en faveur des copossesseurs ou copartageans de biens indivis avec elle.

Le lien de la solidarité fut rompu respectivement à la nation ; mais il subsista, dans tous sa force, pour la totalité de la créance contre les copropriétaires ou cohéritiers des émigrés. La totalité de la créance put être réclamée contre eux, sur les seuls portions de biens qui leur étaient échues. Les copartageans ou leurs ayans-cause, non émigrés, ont plusieurs fois essayé de se soustraire à cette solidarité, pour ne payer que leur portion de la créance, en proportion de leur émolument dans les biens hypothéqués, et se dégager du paiement qui avait dû être à la charge de la nation. Mais toutes ces tentatives ont été vaines : la solidarité a été maintenue, dans ce cas, par un arrêt de la Cour de cassation, du 8 nivôse an 13, même quoiqu'on reprochât au créancier d'avoir négligé de suivre la liquidation de sa créance. On y voit rapporter un arrêt semblable, du 14 nivôse an 10. C'est toujours pour maintenir le lien de la solidarité, autant que cela était

possible, malgré l'évènement de cette force majeure, qu'un arrêt de la même Cour, du 6 mai 1818, a jugé que l'effet de l'indivisibilité de l'hypothèque est tel, que, dans le cas où la nation, devenue propriétaire d'une partie de l'immeuble hypothéqué, a vendu cette portion franche et quitte d'hypothèques, le créancier a le droit de poursuivre, pour la totalité de sa créance, les autres détenteurs de l'immeuble, qui n'étaient tenus qu'hypothécairement, sauf le recours de ceux-ci contre qui il appartient. De ces deux arrêts, on peut en rapprocher un autre de la même Cour, du 30 avril 1806, qui a jugé que l'émigré rayé de la liste, pouvait, pour le paiement d'une créance qu'il avait souscrite personnellement avec l'hypothèque de ses biens, être poursuivi personnellement et hypothécairement, pour la totalité de la créance, sur les biens qui n'avaient pas été vendus et qui lui restaient, malgré la vente qui avait été poursuivie par la nation, des autres biens, quelque considérables qu'ils fussent; en sorte que cette question, qui a souffert des difficultés, n'en éprouve plus aujourd'hui [1]. Mais on sent que pour suivre l'hypothèque sur les immeubles, contre celui qui a été rayé de la liste des émigrés, lorsqu'un tiers en est détenteur, il faut que l'hypothèque ait été conservée par l'inscription; et, à ce sujet, on peut voir ce que je dis sur les inscriptions contre les émigrés, comme sur celles par eux prises, dans le § 5 de la section précédente.

169. Il y a peu de principes aussi féconds en conséquences que celui de la solidarité des engagemens; mais cette partie n'entre pas, au moins en entier, dans la matière que je traite. Les principes de la solidarité, soit entre les créanciers, soit entre les débiteurs, sont l'objet des § 1er et 2 de la section 4, tit. 3, liv. 3 du Code civil. On voit dans la section 5, les règles qui concernent les obligations divisibles et indivisibles. Ces obligations sont différentes des obligations solidaires, proprement dites. Cependant, dans certains cas, elles se règlent par les mêmes principes. Les règles essentielles sur les obligations divisibles et indivisibles sont tracées dans cette section. L'intelligence en devient plus facile lorsqu'on se pénètre de ce que Pothier a dit sur cette matière, dans son *Traité des obligations*, *part.* 2, *chap.* 4, où il a analysé, avec précision et avec des modifications utiles, le savant Traité de Dumoulin, *de dividuo et individuo*. Je dois me renfermer principalement dans les suites de la solidarité de l'hypothèque, et surtout dans ce qui concerne son indivisibilité.

Il y a trois points essentiels sur lesquels portent les questions relatives à cette indivisibilité: le premier est relatif aux actions hypothécaires, par lesquelles les héritiers des débiteurs, qui ont contracté solidairement, peuvent être attaqués; le second a trait aux actions hypothécaires qu'on peut exercer contre tous détenteurs quelconques d'immeubles hypothéqués, abstraction faite de toute obligation personnelle, et surtout lorsqu'il s'agit de se procurer le paiement des redevances auxquelles les immeubles sont assujettis; le troisième concerne les cas où des hypothèques générales concourent sur les mêmes biens avec des hypothèques spéciales.

170. Je crois devoir m'attacher à déterminer l'action qui peut être exercée, soit personnellement, soit hypothécairement, contre les héritiers des débiteurs, en remontant aux principes; car je dois avouer que les auteurs, en général, ont enseigné comme règles ce qui n'est que l'effet des règles mêmes.

Un héritier ne peut jamais être tenu que personnellement des dettes du défunt, et non par la voie hypothécaire sur ses propres biens. Il y en a une raison simple, qui est qu'un débiteur n'a jamais pu obliger les biens de ses héritiers, mais seulement les siens propres. On ne peut obliger que ce qui est à soi. *Ea*, dit la loi 29, ff. *de pign. et hypoth.*, *quæ ex bonis defuncti non fuerunt, sed posteà ab hærede ejus, ex aliâ causâ, acquisita sunt, vindi-*

[1] On peut voir, sur ces trois arrêts, le recueil de Denevers, an 13, pag 270; an 1806, pag. 381, et an 1818, pag 380.

cari non possunt à creditore testatoris. C'est ce qui a fait dire par Bartole, sur cette loi : *Obligatio facta à defuncto non porrigitur ad bona ejus hæredis.* Mais quant à l'action hypotgécaire, elle peut s'exercer contre les héritiers, sur les biens provenans de la succession, qui sont hypothéqués, et contre chacun d'eux, lorsqu'ils en sont en possession : cette action peut même être exercée pour la totalité de la créance, ou pour ce qui en reste dû, quelque faible que soit la partie de ces biens hypothéqués. Cela est fondé sur l'indivisibilité de l'hypothèque. *Est tota in toto, et tota in qualibet parte.* Tels sont les fondemens de la règle ancienne, confirmée par l'article 873 du Code civil, que *les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement* POUR LEUR PART ET PORTION VIRILE, ET HYPOTHÉCAIREMENT POUR LE TOUT.

Pothier, *Traité des obligations, n*os 299 *et* 300, fait dépendre la division de la rente entre les héritiers du débiteur, de la division de la créance entre les héritiers du créancier. Mais je ne crois pas que ce raisonnement soit propre à donner des idées parfaitement exactes. La division entre les héritiers du créancier dérive de ce qu'ils deviennent autant de propriétaires particuliers de la créance, chacun pour sa portion. L'exercice du droit même dont ils sont investis par la loi, exige cette division : *Nomina pleno jure dividuntur.* Mais la division de la dette entre les héritiers du débiteur, en faisant abstraction de l'hypothèque imposée, du vivant du défunt, sur ses biens, tient au principe que le défunt n'a pu hypothéquer les biens de ses héritiers. De ce que dit Pothier, il n'en résulte autre chose, si ce n'est, comme il le dit lui-même, que chacun des héritiers du créancier ne peut demander que sa portion de la créance, à moins qu'il n'ait une procuration de ses cohéritiers, et que chacun des héritiers du débiteur peut se libérer en offrant sa portion de la dette.

On sent que si un particulier a contracté une obligation solidaire avec d'autres personnes, de manière que le créancier eût pu réclamer contre lui la totalité de la somme, ce créancier pourrait également demander cette totalité aux héritiers de ce particulier, parce qu'ils sont tenus de ses faits; mais il n'y aurait contre eux, relativement à la totalité de la créance, que l'action personnelle, chacun pour leur part et portion virile (c'est-à-dire, pour leur portion héréditaire), et l'action hypothécaire *pour le tout*, respectivement aux immeubles hypothéqués en faveur du créancier, dont ils seraient en possession, ou qui seraient échus à leur lot. Cette action contre ces héritiers n'aurait cependant lieu que sous la réserve de leur recours contre leurs cohéritiers; et de plus contre les héritiers des autres débiteurs solidaires.

On conçoit encore que les engagemens de ceux qui succèdent aux héritiers du débiteur avant l'acquittement de la créance, sont réglés de la même manière, respectivement aux créanciers, que les engagemens directs des héritiers auxquels ils ont succédé. C'est ce qu'explique très bien M. Chabot (de l'Allier), dans son Commentaire sur l'art. 873 du titre *des successions*, du Code civil.

171. Il y avait cependant quelques Coutumes dans lesquelles, en vertu d'une législation particulière, on suivait un usage différent relativement aux engagemens des héritiers. La Coutume d'Amiens, art. 159, et celles de Sens et de Melun admettaient la solidarité, même personnelle, contre les héritiers des débiteurs, en faveur des créanciers, sauf le recours des héritiers entre eux. Ce n'est pas tout; en Normandie, le seul fait de l'acceptation de l'hérédité du débiteur imposait à ses héritiers une obligation personnelle et solidaire de payer toutes les dettes du défunt; chaque héritier était présumé avoir succédé seul, et on lui imposait l'obligation de payer la totalité des dettes de la succession, sauf son recours contre ses cohéritiers pour ce qui excédait sa portion. C'est ce qu'atteste Basnage, *chap.* 4, *n*° 2, *chap.* 9 *et* 13. Tel était le résultat de l'art. 130 d'un réglement de 1666, connu sous le nom de *placités* de

Normandie, qui avait force de loi. Ce n'est pas sans raison que cette législation était fortement critiquée. Elle est contraire à cet ancien principe généralement soutenu, qu'un débiteur ne peut hypothéquer les biens de son héritier. Celui-ci peut se dégager des dettes en répudiant la succession ; et quand il l'accepte, il ne peut s'obliger que pour la portion sur laquelle porte son adition, au moins en ce qui concerne l'action personnelle. Telles sont les premières notions de la justice ; et l'intérêt public veut qu'on facilite les aditions d'hérédité au lieu d'en détourner.

Mais il peut s'élever dans ces Coutumes une question de rétroactivité sur les effets de cette législation. On conçoit qu'on doit la suivre contre des héritiers, lorsque la succession s'est ouverte avant la promulgation du Code civil ; autrement on donnerait un effet rétroactif à la disposition de ce Code. Aussi j'ai remarqué un arrêt de la Cour de cassation, du 2 février 1813, rapporté par Denevers, *an* 1815, *pag.* 343, qui a appliqué les placités de Normandie, relativement à une succession ouverte au mois de mai 1792, à un héritier qui, quoiqu'il eût des cohéritiers, avait été attaqué seul et solidairement pour le paiement d'une rente. Mais, lorsqu'il s'agit d'une obligation souscrite, avant la promulgation du Code civil, par un particulier qui ne décède qu'après, il y aurait lieu de penser que ses héritiers ne doivent être soumis aux actions, pour raison de ses dettes, que conformément aux dispositions du Code civil. Il n'y a point alors de rétroactivité, parce qu'il est de règle que les lois qui doivent régler les droits, les qualités et les obligations des héritiers, sont celles qui sont en vigueur à l'époque de l'ouverture de la succession. Le changement de loi ne tient en rien au fait des héritiers.

172. De ce qui vient d'être dit sur la nature des engagemens des héritiers, relativement au paiement des dettes, il résulte que, de même qu'un des héritiers débiteur qui ne posséderait aucun immeuble de la succession, ne pourrait être exposé à aucune action hypothécaire, mais seulement à une action personnelle, proportionnellement à sa part dans la succession, de même aussi, si cet héritier abandonne les immeubles qui seraient échus à son lot, dans le cas où il y aurait eu un partage, ou qui seraient encore dans la succession non divisée, il devient absolument dégagé de toute action hypothécaire. Cela est ainsi, parce qu'il est de la nature de cette action qui est réelle, et qui a pour objet de forcer au délaissement des immeubles hypothéqués, qu'elle ne puisse avoir lieu que contre ceux qui les possèdent et qui peuvent les délaisser. Dans ce cas, il ne reste contre l'héritier que l'action personnelle. C'est ce qu'enseigne Pothier, dans son *Traité des successions, chap.* 5, *art.* 4. Il se prononce fortement contre un usage ancien suivi du temps de Loyseau, qui, en conséquence, avait émis une opinion contraire. Il est constant que l'opinion de Pothier était généralement suivie en jurisprudence. Aussi ce savant auteur, qui traite cette question sous un nouveau jour, *Introd. au tit.* 20 *de la Coutume d'Orléans, n°* 52, dit que l'on était revenu aux principes qu'il exposait, et qu'on avait abandonné ceux de Loyseau. Enfin, c'est ce qui a été jugé en thèse par un arrêt de la Cour de cassation, du 26 vendémiaire an 11, rapporté par Denevers, *même année, pag.* 88. A la vérité, cet arrêt a été rendu d'après les anciens principes de la Coutume de Paris ; mais on s'apercevra aisément que ces principes sont absolument ceux du Code civil. « Considérant, est-il dit dans les motifs de l'arrêt, que le cohéritier n'étant tenu envers le créancier, solidairement et hypothécairement, à la totalité de la dette *qu'à raison de cette détention*, son obligation pour le tout cesse à l'instant où cesse sa détention, soit par *déguerpissement*, soit par *vente forcée* ou même *volontaire*, ce qui ne préjudicie point au créancier, puisqu'il a toujours son action sur la chose et sur le détenteur, et la faculté de surenchérir. »

Ainsi l'héritier, sous le rapport du dé-

laissement hypothécaire, se trouve dans le cas des art. 2168, 2169, 2170, 2172 et 2173 du Code civil. A la vérité, les art. 2170 et 2172 n'accordent la faculté du délaissement par hypothèque, qu'au tiers détenteur qui n'est pas *personnellement obligé à la dette;* et on pourrait dire que cette obligation personnelle existe contre l'héritier : mais cette objection ne serait pas fondée. La loi a entendu parler d'une obligation qui aurait été contractée par un tiers, par suite d'une transaction particulière. Or, un héritier ne peut être considéré sous ce rapport. Son obligation est seulement une suite de sa qualité d'héritier, dans laquelle on ne peut voir un engagement proprement dit, puisqu'il ne doit pas toute la dette comme la devrait un particulier qui en aurait personnellement contracté l'obligation; qu'il n'en doit qu'une partie uniquement déterminée par la loi. Il faut donc, pour être privé de la faculté du délaissement par hypothèque, un contrat qui émane d'une volonté particulière et précise, et qui impose une obligation en nom propre.

173. Par une suite de ces principes, l'héritier étant dans la catégorie de tout détenteur, et ayant satisfait à la loi, en payant sa portion personnelle, comme héritier, peut, en conséquence de l'art. 2173, délaisser par hypothèque les immeubles qu'il possède, provenans de la succession, même quand il aurait été condamné hypothécairement pour la totalité de la créance. Il y a plus; l'héritier qui a payé sa portion personnelle, et qui posséderait des immeubles provenans de la succession, ne devant alors être regardé que comme simple détenteur, d'après ce que je viens de dire, pourrait, aux termes de l'art. 2170, empêcher qu'on ne vendît ces immeubles sur lui, jusqu'à ce qu'on eût discuté les autres immeubles de la succession, possédés par les autres héritiers. Ceux-ci tiennent lieu alors, à son égard, des principaux obligés dont il est parlé dans cet art. 2170. Tel est l'avis de M. Chabot (de l'Allier) sur l'art. 873 du Code civil. Après y avoir réfléchi, et d'après le nouveau développement que je viens de donner à la question, il m'est impossible de ne pas adopter son opinion.

174. Le cohéritier qui, par la force de l'hypothèque imprimée sur les biens de la succession qu'il possède, a été obligé de payer au delà de sa portion personnelle, a un recours, pour cet excédant, contre ses cohéritiers, ainsi que contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer. C'est ce que veut l'article 873.

Le mode de ce recours est réglé par les art. 875 et 876. Art. 875 : « Le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette *se serait fait subroger aux droits des créanciers;* sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le paiement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier. » Article 876 : « En cas d'insolvabilité d'un des cohéritiers ou successeurs à titre universel, sa part dans la dette hypothécaire est répartie sur tous les autres, au marc le franc. »

Tels étaient les anciens principes qui sont enseignés par Pothier, sur l'art. 358 de la Coutume d'Orléans, auquel les dispositions du Code civil sont conformes. Cet auteur explique très bien le motif qui a fait exclure la solidarité de l'action entre cohéritiers, quand même celui d'eux qui aurait payé au delà de sa portion se serait fait subroger aux droits du créancier. Cependant M. Chabot, sur l'art. 875, n° 1er, fait une observation judicieuse : il dit que la subrogation que se fait consentir l'héritier qui est obligé de payer la totalité de la dette, ne lui est pas entièrement inutile. S'il ne peut se servir de l'hypothèque qui appartenait au créancier, à l'effet de contraindre chacun des cohéritiers hypothécairement pour le tout, il peut au moins s'en servir à l'effet de

contraindre, sur les biens hypothéqués, chacun des détenteurs pour sa part et portion; et il est ainsi préféré sur ces biens aux créanciers chirographaires.

Quant à l'exception faite dans la dernière disposition de l'art. 875, relativement à l'héritier sous bénéfice d'inventaire, elle est le résultat de l'article 802 du Code. Cet héritier ne confondant point ses biens personnels avec ceux de la succession, peut, comme un étranger pourrait le faire, réclamer, même entièrement, le paiement de ce qu'il a acquitté pour la succession, ainsi que les créances personnelles qu'il aurait eues contre le défunt. Il peut demander ce paiement par l'action personnelle et par l'action hypothécaire.

175. Mais doit-on suivre ce qui vient d'être dit, lorsque l'un des héritiers, même pur et simple, était personnellement créancier du défunt avant l'ouverture de la succession? Alors cet héritier peut-il poursuivre ses cohéritiers, qui sont détenteurs aussi bien que lui, d'immeubles de la succession, non seulement pour leurs parts et portions de la dette, mais même hypothécairement pour le tout, en déduisant sa part afférente, à raison de la confusion qu'il s'en ferait en sa personne, et de plus la portion qu'il devrait supporter, relativement à l'insolvabilité d'un ou plusieurs des cohéritiers? Cette question, après avoir été controversée entre Lebrun, *des success.*, *liv.* 4, *chap.* 2, *sect.* 1re, *n°* 43, et son annotateur, l'a été encore entre M. Toullier et M. Chabot. Ce dernier se décide pour l'affirmative. Je dois ajouter que Pothier, note 2e, sur l'art. 358 de la Coutume d'Orléans, s'était prononcé pour la négative. Il me paraît constant que ce cas n'est plus le même que celui prévu par l'art. 875 du Code. Dans cet article, il n'est question que du cohéritier qui serait devenu créancier, après l'ouverture de la succession, par acquisition ou subrogation; et alors il est exclu de l'action solidaire, hypothécaire, à raison de sa qualité de coobligé comme cohéritier, qui le fait assimiler à un associé qui agirait contre ses associés; tandis que, dans l'espèce, le cohéritier ayant été créancier du défunt avant l'ouverture de sa succession, exige sa propre créance, et ne doit point de subrogation contre lui-même. Il se trouve dans le principe général que les cohéritiers ne confondent point leurs droits entre eux.

Ce principe n'est nullement en opposition avec ceux du Code civil; il est au contraire corroboré par la disposition de l'art. 875 de ce Code. En effet, cet article parlant seulement du cas du cohéritier qui se fait céder une créance, ou qui la paie après l'ouverture de la succession, il en résulte que sa disposition est étrangère au cas où il s'agit d'une créance existante sur la tête du cohéritier, du vivant du défunt. On ne peut faire extension d'un cas à un autre, lorsqu'il y a disparité d'espèce, et des raisons différentes de se décider; il est donc difficile de ne pas adopter l'opinion de M. Chabot.

Mais il faut convenir que cette question est presque oiseuse; et c'est aussi par cette raison que je n'entre pas dans d'autres détails. En effet, la prétention de l'héritier qui est dans le cas dont il s'agit, doit naturellement s'élever avant le partage de la succession; et alors, ainsi que l'observe l'annotateur de Lebrun, quelque créance que les cohéritiers puissent avoir *sur la succession, ou du chef de la succession*, ils, n'ont entre eux qu'une action en partage. Ce ne serait donc que dans le cas où, après un partage consommé, la demande de l'héritier serait formée, n'ayant pu l'être auparavant. Mais dans ce cas, qui ne peut arriver que très rarement, il faudrait suivre l'opinion de Lebrun, qui est exactement fondée en raison et en principes; elle est conforme à une ancienne jurisprudence qui n'a reçu aucune dérogation par le Code civil.

176. Tout ce que je viens de dire, relativement à la solidarité qui existe entre des cohéritiers, me paraît suffire par rapport à mon objet. Les autres questions qui peuvent s'élever, rentrent dans la matière des obligations en général. Je ferai seulement remarquer la disposition

de l'art. 1301 du Code civil, où il est dit que la confusion qui s'opère dans la personne du *créancier* [1], ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur.

177. Je viens à ce qui concerne la solidarité des rentes foncières. Il convient de distinguer les rentes qui existaient anciennement, de celles qui n'ont été constituées que depuis le Code civil.

Quant aux premières, elles étaient immobilières, irrachetables de leur nature, à moins qu'il n'y eût une stipulation contraire; encore cette faculté même se prescrivait par trente ans. Ces rentes étaient susceptibles d'hypothèque, parce quelles représentaient les fonds; elles étaient un droit réel que le bailleur, par l'acte de concession, se retenait dans l'héritage. Il était de la nature particulière de ces redevances, que le preneur était censé ne s'y obliger que pour le temps pendant lequel il posséderait les fonds; en sorte qu'il pouvait, à sa volonté, se décharger de la rente en faisant l'abandon de ces fonds; abandon qui est si connu dans l'ancienne législation, sous le nom de *déguerpissement*. Il n'y était cependant reçu qu'en payant tous les arrérages qui avaient couru pendant sa possession, et en laissant le fonds en bon état, ou avec les améliorations qui auraient été convenues.

Mais cette faculté de déguerpir avait lieu très rarement, parce qu'on stipulait ordinairement, contre le preneur à rente, la clause de *garantir, fournir et faire valoir*. Il résultait de cette clause, que la rente devait toujours être servie par le preneur et ses héritiers. Ce n'était pas seulement le fonds sujet à la rente, qui était hypothéqué au service de la rente; cette hypothèque frappait tous les biens provenus du preneur à rente, en quelques mains qu'ils passassent, parce que, d'après l'ancienne législation, elle était générale; et alors se reproduisaient tous les principes relatifs à l'action personnelle et à l'action hypothécaire. On voyait naître une foule de difficultés sur la fixation des cas dans lesquels ces deux actions pouvaient être exercées.

A l'égard des tiers détenteurs des fonds, celui qui n'avait aucune connaissance de la rente pouvait évidemment déguerpir, lorsqu'il était poursuivi pour la payer. Cette faculté appartenait encore au tiers détenteur qui avait acquis, même à la charge de la rente, à moins qu'on ne lui eût fait connaître toutes les clauses énoncées dans le bail à rente, desquelles serait résultée l'interdiction de déguerpir, et qu'il ne se fût obligé spécialement d'acquitter de l'effet de ces clauses le preneur ou ses héritiers. Le déguerpissement ne rendait pas, pour cela, le créancier de la rente, propriétaire du fonds. Il ne pouvait le devenir qu'en faisant prononcer la résolution du bail à rente contre le preneur ou ses héritiers. Il pouvait encore leur dénoncer le déguerpissement, et les faire condamner à continuer le paiement de la rente. Je ne donne ici qu'une légère idée des principes sur cette matière. Ils sont développés par Loyseau, dans son Traité du *déguerpissement*. Ils le sont encore par nombre d'auteurs plus modernes, et surtout par Pothier, *Introd. au tit.* 19 *de la Cout. d'Orl.*, *chap.* 2.

Mais cette matière a subi un grand changement par deux lois, l'une du 29 décembre 1790, l'autre du 20 août 1792. La première déclare toutes ces rentes rachetables; la seconde, *titre* 2, a prononcé l'extinction de la solidarité de l'hypothèque à laquelle elles étaient soumises par les lois précédentes. Il est cependant essentiel de remarquer que cette extinction de la solidarité est subordonnée à la

[1] M. Pailliet, sur cet article 1301, observe qu'il fallait *débiteur* au lieu de *créancier*; qu'il suffit de lire l'article pour en être convaincu. On voit que le législateur a entendu parler du cas où l'un des débiteurs solidaires deviendrait héritier du créancier. Le titre de *créancier* a pu se présenter à l'esprit au premier abord; mais la verité est qu'il eût été bien plus exact de dire *débiteur*. Cette idée résulte de la manière dont M. Maleville s'exprime sur cet article. Il n'en fait cependant pas l'observation. La lecture de ce que dit Pothier, *des oblig.*, n° 609, *sur la fin*, facilite l'intelligence de cet article 1301

condition d'une vérification contradictoire entre le créancier de la rente et ceux qui possèdent divisément les fonds qui la doivent. Cette vérification doit avoir pour résultat la fixation de la portion des fonds que chacun doit posséder à l'avenir, et la quotité proportionnelle de la redevance qui doit être imposée sur chaque portion. C'est seulement après cette opération qui doit se faire aux frais des débiteurs de la rente, que toute solidarité cesse. Dès cet instant, chaque détenteur doit uniquement sa portion. Celle de chacun des autres détenteurs a cessé d'être sa dette. Il ne peut être recherché pour cette portion, ni personnellement, ni hypothécairement. La division de l'immeuble sujet à la rente, emporte la division de l'action contre les personnes, et en mêmetemps l'extinction de la solidarité hypothécaire. Je fais cette observation, parce que j'ai vu élever des doutes à ce sujet. Mais, jusqu'à l'opération dont il vient d'être parlé, les anciens principes relatifs au mode de poursuite pour le paiement de la rente, doivent être suivis. Il faut observer que ces mesures ont été déclarées communes aux rentes dues au trésor public, par un avis du Conseil d'état, du 24 fructidor an 12.

Le résultat de ces lois a été de dénaturer entièrement ces rentes. Elles sont rentrées, depuis, dans la classe des objets purement mobiliers. L'hypothèque, qui en faisait la garantie, a dû être conservée par la voie de l'inscription, comme pour les créances ordinaires. Je me suis suffisamment expliqué à ce sujet, dans le § précédent, n° 161.

178. Par rapport aux rentes foncières qui seraient créées depuis le Code civil, elles ne peuvent plus être comparées à ce qu'étaient les anciennes rentes foncières dont je viens de parler; elles ne sont point susceptibles d'hypothèque, ainsi que je le dis dans le § précédent, n° 160. La Cour royale de Nismes s'exprimait avec une exacte précision, lorsqu'elle disait, dans son arrêt du 23 frimaire an 14, que j'ai eu naguères occasion de citer, que « le cessionnaire d'un bien-fonds qui a été ou serait donné à rente foncière, en a actuellement la propriété, *la dominité*, et que le propriétaire de la rente n'a plus qu'une créance mobilière sur le bien qui a fait, dans le temps, l'objet de la concession; qu'il doit prendre inscription sur les biens de son débiteur, et qu'il n'a que la voie de l'expropriation; qu'il n'est plus créancier que d'une dette non exigible, à la vérité; mais que, dans le cas prévu par l'art. 2184 du Code, il est autorisé à réclamer le capital de sa créance. » Ces propositions sont autant de principes, dont les conséquences se tirent aisément. Il ne peut être question actuellement de déguerpissement proprement dit, mais seulement du délaissement par hypothèque, dans le cas où il a lieu d'après la loi.

Mais ce qu'il est essentiel de remarquer, c'est que les mesures établies par la loi du 20 août 1792, pour détruire la solidarité qui avait lieu pour les rentes foncières anciennes, et que je viens d'expliquer dans le n° précédent, seraient inadmissibles pour les rentes créées depuis le Code civil. Ces mesures étaient extraordinaires; elles étaient hors du droit commun, et l'on ne peut les étendre à ce qui a été fait sous le Code civil, qui est conçu dans des idées différentes : en sorte que les principes de solidarité, établis par ce Code, doivent être suivis à l'égard de ces rentes, pour le temps de leur durée, comme pour toutes les autres créances hypothécaires. Cette opinion serait également fondée pour les rentes foncières qui auraient pu être constituées dans l'intervalle de la loi du 20 août 1792 à la promulgation du Code civil. Aucune loi n'empêchait alors la constitution des rentes foncières. L'art. 1er de la loi du 29 décembre 1790 défendait seulement d'en créer à l'avenir de *non remboursables*. M. Merlin, *Rép. de jurispr.*, aux mots *Rente foncière*, § 2, *art.* 1er, *n°* 7, cite des lois rendues dans cet intervalle, qui ont autorisé des communes à en constituer de pareilles, sous la simple faculté du rachat; et, à l'article 2, le même auteur, après avoir rapporté les disposi-

tions de la loi du 20 août 1792, relatives au mode d'affranchissement de la solidarité, dit, et avec raison, que ces dispositions ne sont pas applicables aux rentes foncières qui auraient été créées depuis cette loi.

179. Je passe au troisième objet que j'ai déjà annoncé comme un des plus importans sur l'indivisibilité de l'hypothèque. Il s'est élevé, par suite de ce principe d'indivisibilité, plusieurs difficultés dont la solution a paru embarrassante : je veux parler du cas où des hypothèques générales se trouvent en concours, sur les mêmes immeubles, avec des hypothèques spéciales. Pour discuter avec plus de méthode les questions que ces difficultés peuvent faire naître, je vais les traiter successivement : je présenterai des exemples auxquels j'appliquerai les principes qui les concernent.

Premier exemple. Un créancier a une hypothèque générale, soit légale, soit judiciaire, sur deux domaines appartenans à un particulier, et qui sont situés dans deux arrondissemens différens : un autre créancier a une hypothèque spéciale, mais seulement sur un de ces domaines, et postérieure en date à la première. Un ordre s'ouvre sur l'expropriation du domaine grevé de l'hypothèque spéciale; cet ordre se met à fin, et le créancier qui a l'hypothèque générale, absorbe la totalité du prix qui était à distribuer. Dans la suite, un ordre s'ouvre sur l'expropriation du domaine situé dans l'autre arrondissement; le créancier qui avait l'hypothèque spéciale sur le premier domaine, dont le prix est absorbé, et qui dès lors devient sans effet, a-t-il un droit quelconque sur le prix du second domaine, qui est à distribuer entre des créanciers qui ont des hypothèques spéciales sur ce même domaine? Ce créancier peut-il faire valoir, par forme de subrogation, les droits qu'aurait pu exercer sur le second domaine, comme sur le premier, le créancier qui avait l'hypothèque générale antérieure, et qu'il a fait peser en entier sur le premier domaine? En d'autres termes, le créancier qui a une hypothèque générale, peut-il, à son gré, choisir, pour l'exercice de son hypothèque en entier, un des biens du débiteur, quel que soit le tort qui résulte de ce choix, pour les créanciers qui ont des hypothèques spéciales sur ce bien, et qui n'en ont pas sur les autres qui sont encore grevés d'autres hypothèques spéciales?

M. Tarrible a traité cette question dans son article *Transcription*, inséré dans le Répertoire de jurisprudence, § 6, *n°* 5. Le cas qu'il a prévu n'est pas exactement le même; mais il est tellement semblable, qu'il est absolument susceptible des mêmes principes que celui pour lequel je m'explique. Si je choisis celui-ci, c'est parce que je l'ai vu se présenter à la Cour royale de Riom. M. Tarrible traite la question avec sa sagacité ordinaire; et vivement pénétré du tort qui résulte de cet état de choses pour le créancier spécial qui est éconduit par l'effet de l'hypothèque générale, il cherche un moyen d'équité, qui puisse s'accorder avec les principes du droit, pour tâcher de l'en dédommager. Après quelques essais, il croit trouver ce moyen, au moins par analogie, dans les art. 540 et 541 du Code de commerce; il finit par conclure que, « dans le cas supposé, le créancier ayant hypothèque conventionnelle sur l'immeuble vendu le premier, devra *acquérir une subrogation légale* aux droits du créancier judiciaire, sur les autres immeubles du débiteur, à concurrence de la part contributive que chaque immeuble aurait dû supporter dans la dette judiciaire, selon la proportion de leurs valeurs respectives. »

Quelque déférence que j'aie pour les opinions de ce magistrat, je pense qu'il est impossible que celle-ci soit admise. On ne voit pas que le créancier éconduit, lors du premier ordre, par la préférence qui était due au créancier dont l'hypothèque est légale ou judiciaire, puisse faire valoir aucune sorte de subrogation aux droits de ce dernier. Il est constant qu'il n'y a que deux sortes de subrogations; savoir, la subrogation *légale* et la subrogation *conventionnelle*. Tel est le résultat des art. 1249, 1250 et 1251 du Code civil.

Or, il est évident que, dans notre espèce, il n'y a aucune de ces subrogations.

Il ne s'en tire aucune, même par analogie, des articles du Code de commerce, invoqués par M. Tarrible. Le résultat de ces articles est que, lorsqu'en cas de faillite du débiteur, les créanciers hypothécaires ont participé à la distribution du prix de la vente du mobilier, en proportion de leurs créances, concurremment avec les créanciers chirographaires, et qu'ils viennent ensuite à la distribution du prix de la vente des immeubles hypothéqués, les créanciers hypothécaires, qui seront utilement colloqués pour la totalité de leurs créances, devront en déduire ce qu'ils auront reçu dans la masse chirographaire. La loi ordonne la réversion de ces sommes déduites, à la masse chirographaire, au profit de laquelle il en sera fait distraction. Or, cette disposition tient à des principes absolument étrangers à la question dont il s'agit. Si un débiteur failli laisse du mobilier et des immeubles grevés d'hypothèques, sa fortune se divise naturellement en deux masses, celle du mobilier et celle des immeubles. Les droits des créanciers ne sont point les mêmes sur ces deux masses. Les créanciers hypothécaires peuvent bien exercer leurs droits sur le mobilier, concurremment avec les créanciers chirographaires, au marc le franc, lorsque l'ordre du prix de la vente du mobilier précède celui du prix de la vente des immeubles. La raison en est que tous les biens quelconques du débiteur leur sont obligés, et qu'ils ne peuvent être contraints d'attendre, pour recevoir tout ou partie de ce qui leur est dû, l'ordre du prix de la vente des immeubles, dont le sort est incertain. Mais il n'est pas moins vrai que la masse mobilière est une masse distincte, dans laquelle les créanciers chirographaires ont un droit égal à celui des créanciers hypothécaires, et sur laquelle tous doivent venir par contribution, tandis que les créanciers hypothécaires ont seuls droit aux immeubles; et encore si le prix de ces immeubles n'est pas entièrement absorbé par les créanciers hypothécaires, les créanciers chirographaires viennent au partage du restant, toujours par contribution. Or, il faut faire attention que la réversion ordonnée par l'art. 541, à la masse mobilière, dans le cas qui y est prévu, n'est qu'une suite immédiate du droit qu'ont les créanciers chirographaires sur cette masse mobilière. Ils tiennent ce droit d'eux-mêmes; il est inhérent à leur qualité de créanciers; ils ne demandent et ne prennent que ce qui est à eux; ils n'ont besoin d'invoquer, et ils n'invoquent, en effet, aucune sorte de subrogation. Cependant M. Tarrible avance que « ce retour ne peut avoir son fondement que dans *une espèce de subrogation légale*, qui s'opère, de droit, en faveur de la masse chirographaire, ou des créanciers qu'elle représente, pour les indemniser, etc. » Mais c'est parce que cette majeure est dénuée de fondement, parce qu'on y prend un droit pour un autre, que la conclusion tombe.

D'ailleurs, on ne conçoit pas la subrogation qui fait le fondement de l'opinion de M. Tarrible. Lorsqu'il a été procédé à l'ordre, sur le prix de la vente qui a été absorbé par le créancier qui a l'hypothèque générale, et sans la participation, bien entendu, des créanciers qui ont des hypothèques sur l'autre domaine sur lequel le créancier qui a succombé au premier ordre n'a point d'hypothèque spéciale, tout est consommé. Il y a plus; le créancier qui a l'hypothèque générale peut être payé par suite de sa collocation; son inscription serait alors radiée. Il n'existe donc plus ni droit, ni créance. Et comment pourrait-on être subrogé à ce qui n'existe pas? On sent encore que les créanciers inscrits sur le second domaine, sur lequel viendrait exercer des droits le créancier inscrit seulement sur le premier domaine, et dont l'inscription serait devenue sans effet, seraient dans l'impossibilité d'examiner si tout ce qui a été fait lors du premier ordre est légal, ou non; si le créancier primé par celui qui avait une hypothèque générale a veillé, ou non, à la conservation de ses droits. Il ne pourrait plus être formé de tierce

opposition. On ne peut plus examiner si ce n'eût pas été le cas de faire une enchère sur l'objet vendu, pour augmenter le gage des créanciers. Voilà autant de réflexions subsidiaires qui viennent à l'appui du moyen de droit qui s'élève contre l'opinion de M. Tarrible ; lequel moyen de droit serait d'ailleurs seul décisif.

Au surplus, on ne peut pas dire que la loi présente, à ce sujet, une lacune. En indiquant les moyens d'établir les hypothèques, elle a fait sentir les risques qu'on peut courir. Le créancier, dans l'espèce en question, a à s'imputer de n'avoir pas plus étendu l'assiette de son hypothèque, qu'il pouvait rendre générale. Je dis qu'il pouvait la rendre *générale* par le fait, en faisant comprendre dans l'hypothèque, nominativement et spécialement, tous les immeubles du débiteur, ou au moins le plus grand nombre. Il a dû prévoir que ceux qui le primaient, en vertu d'hypothèques légales ou judiciaires, pourraient exercer ces hypothèques, d'après le principe de l'indivisibilité, sur le bien sur lequel il se contentait d'une hypothèque spéciale. En un mot, il est dit, dans l'art. 2115 du Code civil, que l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi. Or, la loi n'autorise pas l'hypothèque par voie de subrogation, au moins dans le cas dont il s'agit; et celui qui use du droit d'indivisibilité n'est pas présumé commettre une fraude.

Je ne me fonderai pas sur l'arrêt de la Cour royale de Riom, rendu, dans l'espèce que j'ai annoncée, entre le sieur Paultrier et les sieurs Leymerie et autres, le 2 décembre 1819, parce qu'il ne juge pas précisément la question. On s'est déterminé par des circonstances particulières. J'observerai néanmoins qu'il en résulte la confirmation d'un jugement du tribunal civil d'Issengeaux, du 30 novembre 1818, qui avait rejeté, en droit, une demande en subrogation formée par le sieur Paultrier, dans le sens de l'opinion de M. Tarrible, sur laquelle il se fondait. Je dois cependant faire remarquer qu'un des motifs de l'arrêt de la Cour royale, était que le sieur Paultrier aurait dû demander au tribunal de Saint-Étienne, où s'était fait le premier ordre, la subrogation aux droits des créanciers dont les hypothèques étaient générales, et qui le primaient. Mais on sent, d'après ce qui vient d'être dit, que la question de savoir si cette subrogation pouvait lui être accordée, n'eût pas été sans de grandes difficultés. Les tribunaux peuvent-ils ordonner une subrogation qu'aucune loi n'autorise? car cette subrogation ne résulte en aucune manière de l'art. 1251 du Code civil.

Au surplus, toutes ces difficultés n'arriveraient pas, si celui qui prêterait à un mari ou à un tuteur, voulait prendre les précautions que la loi indique pour sa sûreté; il ne courrait alors aucun risque. Ces précautions sont simples; elles consistent dans une réduction d'hypothèques qu'on exigerait d'un mari ou d'un tuteur avec lequel on contracterait. Il resterait des biens libres et dégagés de toutes hypothèques. Ces biens seraient connus, et l'hypothèque qu'on prendrait sur ces mêmes biens serait à l'abri de toute atteinte. Je répète ici ce que je dis dans quelques autres passages de ce Traité, qu'en suivant la loi, les risques disparaissent, et on a à s'imputer de n'avoir pas usé des ressources qu'elle procure.

Je dois ajouter encore que le créancier qui se trouverait éconduit par sa faute, pourrait la réparer en remboursant la créance pour laquelle il y aurait l'hypothèque légale ou judiciaire, qui deviendrait si gênante pour lui. Ce remboursement emporterait une subrogation légale, d'après l'article 1251 du Code civil, § 1er. Mais la réduction des hypothèques, exigée par le créancier avant de contracter, est le moyen le plus simple et le plus praticable, puisque la fortune du créancier hypothécaire spécial ne lui permettrait pas souvent de faire le remboursement de la créance à laquelle serait attachée l'hypothèque générale, pour obtenir une subrogation légale. Sur l'avantage que présente la réduction des hypothèques légales, j'ai seulement indiqué celui qui prêterait

à un mari ou à un tuteur. Je ne parle pas de celui qui voudrait acquérir de l'un ou de l'autre, parce qu'il a un moyen que n'a pas le créancier, qui est celui de pouvoir purger ces hypothèques, et de se retenir jusque-là le prix de l'acquisition.

180. Deuxième exemple. Cependant, s'il s'agissait d'un seul ordre qui se fît, du prix provenant des immeubles du débiteur, à un seul tribunal, et entre ses créanciers réunis en masse, dont quelques-uns auraient des hypothèques générales, soit légales, soit judiciaires, et dont d'autres auraient seulement des hypothèques spéciales primées par les premières, alors on pourrait prendre un tempérament qui concilierait, autant que possible, tous les intérêts; et on sent qu'il faut toujours, lorsque les principes le permettent, recourir au remède qu'indique un sentiment de justice et d'équité. On trouve dans le recueil de Sirey, *tom.* 17, 2e *partie*, *pag.* 397, un arrêt de la Cour royale de Paris, du 31 août 1810, qui peut servir de guide sur ces sortes de difficultés.

Dans l'espèce de cet arrêt, la dame veuve de la Rochefoucauld couvrait de son privilége, comme venderesse, tous les biens ou la majeure partie des biens d'un sieur Goesson, ce qui n'est pas parfaitement expliqué dans le récit de l'espèce de l'arrêt, mais ce qui est, au surplus, indifférent pour la décision. Le sieur Goesson, postérieurement à l'établissement du privilége, donna plusieurs hypothèques spéciales à un grand nombre de créanciers. Ceux-ci firent saisir et vendre tous ses immeubles. Un ordre s'ouvrit devant le tribunal de première instance de Paris. La dame de la Rochefoucauld, qui avait pourvu à la conservation de son privilége qui portait sur plusieurs immeubles, indiqua l'immeuble sur lequel elle voulait que portât sa collocation en entier. On sent qu'elle avait droit et intérêt de ne pas être payée partiellement et sur plusieurs bordereaux de collocation, sauf, disait-elle, aux créanciers à reporter ensuite fictivement ce privilége sur le prix des autres immeubles, *au marc le franc de leur valeur*. Il y eut plusieurs contestations entre les autres créanciers, respectivement à leurs créances, et il est inutile que je les rappelle. La créance même de la dame de la Rochefoucauld éprouva quelques critiques, sur lesquelles les créanciers succombèrent. Mais il ne paraît pas qu'on contestât ses conclusions, ni qu'on fît des observations sur le reversement fictif de son privilége, dont je viens de parler. Le tribunal de première instance, en adoptant tous les moyens de la dame de la Rochefoucauld, ordonna ce reversement, et l'arrêt confirma ce jugement en cette partie.

Il devrait en être de même, dans le cas où, sans qu'il y eût des créanciers privilégiés, il y en aurait dont les créances eussent hypothèque générale, lesquels seraient en concours avec des créanciers qui auraient seulement des hypothèques spéciales. Je suppose que ces créanciers dont les uns avaient l'avantage de l'hypothèque générale, et dont d'autres auraient seulement une hypothèque spéciale, fussent en présence devant le même tribunal, sur un ordre général du prix de la vente de tous les immeubles du débiteur; je m'explique encore dans l'idée que cet état de choses existe, soit qu'il n'eût été ouvert d'abord qu'un seul ordre, soit qu'il en eût été ouvert deux, mais qui auraient été joints. On sent la différence qu'il y a entre cet exemple et le premier. Dans le premier exemple, deux ordres s'ouvrent, non simultanément, mais successivement et en deux tribunaux différens. D'après la confection du premier ordre, où a figuré le créancier qui avait une hypothèque spéciale sur le bien qui en était l'objet, et qui n'a pu être colloqué dans cet ordre, tout est consommé; il demeure irrévocablement sans droit sur les autres immeubles situés dans un autre arrondissement, sur lesquels il n'a pas d'hypothèque spéciale, et pour lesquels un ordre s'ouvre dans la suite; au lieu que, dans le second exemple, il n'y a qu'un seul ordre pour tous les biens, au même tribunal; tous les créanciers sont en présence; ils veillent tous réciproquement à la conserva-

tion de leurs droits. Rien ne s'oppose donc à ce que, d'après les différentes combinaisons qui peuvent se présenter, on saisisse les moyens de concilier tous les intérêts des parties; et les circonstances facilitent l'usage de ces moyens, ce qui ne peut arriver dans l'espèce qui fait le fondement du premier exemple.

181. Troisième exemple. C'est aussi dans ces idées qu'a été rendu un arrêt de la même Cour royale de Paris, du 10 mars 1809, quoiqu'il l'ait été dans une espèce qui présente quelques nuances, relativement à celle de l'arrêt du 31 août 1810. Il est rapporté par Sirey, *an* 1809, 2ᵉ *partie, pag.* 315. En 1789, les administrateurs de l'hospice des incurables de Paris avaient donné à bail à vie, au sieur Paschal, un bâtiment et un terrain situés à Paris. Ce bail avait été fait moyennant 1,600 fr. par an, et à la charge de faire plusieurs constructions importantes sur ce terrain. Tous les biens présens et à venir du sieur Paschal furent affectés à l'exécution de ses engagemens. Il vendit aux sieurs Soubirau et Berthole d'autres immeubles que ceux contenus dans le bail à vie, fait par l'hospice. Il avait satisfait à ses engagemens, relativement à ce bail à vie, de manière que les droits de l'hospice et les arrérages qui pouvaient être dus étaient bien plus qu'assurés par l'état des bâtimens donnés à vie. Plusieurs de ces bâtimens avaient été cédés, avec affectation au service de la rente de 1,600 fr. Les ventes des autres biens soumis à l'hypothèque générale furent transcrites, et il s'ouvrit un ordre sur les prix qui en provenaient. Les créanciers opposèrent à l'hospice qui demandait à être colloqué, que les biens qui formaient les objets du bail à vie, étaient, au moyen des constructions faites par les preneurs, d'un produit bien supérieur au prix annuel du bail; qu'ainsi l'hospice ayant dans sa chose un gage suffisant, il n'avait point d'intérêt. Cette prétention fut accueillie par l'arrêt confirmatif en cette partie du jugement du tribunal de première instance. « Attendu, porte l'arrêt, que les maisons situées à Paris, acquises par Soubirau et Berthole, n'ont jamais fait partie des terrains donnés à bail à vie, par les hospices, à Paschal; que l'hospice a un gage plus que suffisant pour répondre de l'exécution des clauses du bail à vie, dans les constructions et revenus des maisons bâties sur les terrains par lui baillés à vie, et sur lesquels il a *un privilège*, ce qui rend inutile l'examen *de son hypothèque générale* sur les maisons vendues à Berthole et Saubirau, puisqu'il est sans intérêt à leur égard, etc. » Ainsi cet arrêt a jugé, d'après le texte même qu'en donne l'auteur du recueil, que le créancier qui a une hypothèque générale sur les biens de son débiteur pour sûreté de toutes les clauses du contrat, et qui de plus a un privilége sur certains immeubles, ne doit pas (lorsque les immeubles affectés au privilége lui offrent un gage plus que suffisant) être colloqué dans l'ordre du prix des autres biens vendus.

Je ne puis cependant m'empêcher de remarquer que les décisions de ce genre tiennent beaucoup aux circonstances; que le principe de la généralité et de l'indivisibilité de l'hypothèque doit toujours être respecté, et que la restriction qu'on en ferait ne pourrait être justifiée qu'autant que, comme dans l'espèce de cet arrêt du 10 mars 1809, il serait parfaitement établi que le privilége serait plus qu'assuré par la valeur et l'état des fonds sujets à la redevance, qu'on peut encore combiner avec la durée de cette même redevance. Il n'y a pas même dans ces décisions une dérogation, à proprement parler, au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Il ne faut y voir que l'application d'un autre principe consacré de tout temps par l'équité, qu'on ne doit pas tolérer l'exercice d'un droit rigoureux, lorsqu'il est en pure perte pour celui qui l'exerce, et qu'il nuit considérablement à un autre.

Au surplus, pour ne pas blesser le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, pour la conservation duquel il faut toujours pencher, on pourrait encore, selon les circonstances, ne faire toucher le prix aux créanciers inscrits sur les

biens sur lesquels porterait l'hypothèque générale de celui qui a un privilége sur d'autres immeubles, que sous la condition de fournir une caution de rapporter, dans la suite, le montant des collocations, s'il y avait lieu. C'est un moyen de concilier tous les intérêts, sans porter atteinte au principe de l'indivisibilité.

182. Pour rendre justice à tous les créanciers hypothécaires, quoiqu'il y ait concurrence d'hypothèques, soit légales ou générales, avec des hypothèques spéciales, il y a un principe bien simple à saisir, c'est que, comme je l'ai observé dans le discours préliminaire, suivant l'esprit et la marche de la loi, rien n'empêche un débiteur, quoique ses biens soient déjà grevés d'hypothèques légales ou générales, de les grever encore d'hypothèques spéciales, lorsque, soit le débiteur, soit son créancier, pensent que les biens sont suffisans pour faire face aux premières hypothèques générales comme aux nouvelles hypothèques spéciales [1]. De même aussi, s'il n'est pas question d'hypothèques générales, rien n'empêche un débiteur de donner successivement sur le même immeuble plusieurs hypothèques spéciales, lorsqu'on a l'idée que sa valeur peut suffire à toutes.

Dans la seconde hypothèse, il ne peut y avoir de difficultés. Les hypothèques spéciales sont colloquées et ne peuvent l'être que par ordre de leurs dates. S'il y a un déficit de fonds pour remplir la dernière, le créancier a à s'imputer sa propre imprudence. Cela seul fait sentir l'avantage qu'il y a d'avoir la première hypothèque spéciale sur un fonds. Il n'est donc pas étonnant que, lorsqu'une somme est confiée à un particulier selon certaines circonstances, à la charge d'en faire un emploi en immeubles ou en hypothèques, on stipule souvent que l'emploi se fera *par première hypothèque*.

Mais dans la première hypothèse, il se présente plus de difficultés; il est cependant possible, avec du soin et de l'attention, de les applanir. Pour me faire entendre, je dois poser un exemple. Supposons que la fortune du débiteur consistât en trois immeubles qui fussent chacun en valeur de 10,000 fr. Je désigne le premier immeuble par la lettre *A*, le second par la lettre *B*, le troisième par la lettre *C*. Admettons qu'il y ait sur ces trois immeubles une hypothèque générale qui serait la première de toutes en date, dont le montant serait de 20,000 francs : supposons que quand cette hypothèque générale existait, le débiteur eût hypothéqué spécialement l'immeuble *B* à Paul, le 1er janvier, pour 10,000 fr., et qu'il eût ensuite hypothéqué, aussi spécialement, à Pierre, le domaine *C*, le 1er mars, pour pareille somme de 10,000 fr. Il est évident que, sur cette masse d'immeubles valant 30,000 fr., le créancier qui a une hypothèque générale dont le montant est de 20,000 fr., doit être colloqué préférablement aux deux autres créanciers. Mais si on lui faisait prendre sa créance de 20,000 fr. sur le domaine *A*, et en même temps sur le domaine *B*, cette opération produirait une grande injustice, et ce serait encore sans intérêt pour ce créancier de 20,000 fr. Il en résulterait que *Paul* qui a une première hypothèque spéciale, après l'hypothèque générale, sur le domaine *B*, perdrait son hypothèque, et que *Pierre* qui aurait une hypothèque spéciale sur le domaine *C*, la conserverait en entier, quoique cette hypothèque fût postérieure en date à celle de *Paul*. Rien n'empêche, pour éviter cette injustice, qu'on ne fasse porter l'hypothèque générale, d'abord sur l'immeuble *A*, et ensuite sur l'immeuble *C*, afin de laisser subsister pour *Paul*, son hypothèque sur l'immeuble *B*, puisque cette hypothèque est antérieure en date à celle de *Pierre* sur l'immeuble *C*. Ce tempérament serait fondé tout à la fois sur l'équité et sur l'esprit même de la loi. On

[1] Mais il n'y a rien de plus sûr que de ne prêter aux maris ou aux tuteurs qu'après des réductions des hypothèques légales, ainsi que je ne cesse de l'observer ; surtout s'il y a quelques doutes sur la moralité de l'emprunteur.

sent que tous créanciers qui, comme *Paul*, ont dû plus sûrement compter sur la solvabilité du débiteur, lorsqu'ils lui prêtaient, parce que ses biens étaient moins épuisés par les hypothèques, doivent être préférés à ceux qui n'auraient prêté qu'après eux, et qui devaient compter, avec moins de sûreté qu'eux, sur la rentrée de leur créance, puisqu'ils sont présumés avoir connu toutes les hypothèques qui précédaient.

183. C'est seulement en pratiquant ainsi, qu'on peut empêcher le succès des moyens injustes et frauduleux, dont on a vu des exemples. En effet, l'expérience a appris que, dans ce cas de concours d'hypothèques générales et spéciales, l'adresse et la cupidité se sont exercées quelquefois à faire jouer, à leur gré, les ressorts du système hypothécaire, pour se tirer d'une mauvaise place où l'on se trouvait par la nature des choses, afin de s'en procurer une meilleure, au préjudice d'un créancier qui l'occupait légitimement et de bonne foi. Il pourrait résulter de ces combinaisons astucieuces, que, par l'effet de l'abus du principe de l'indivisibilité, une hypothèque générale serait déplacée, de telle manière qu'un créancier, premier en hypothèque spéciale sur un immeuble particulier, se verrait primé par un créancier aussi spécial sur le même immeuble, quoique postérieur en date. On sent encore que je ne puis me faire saisir qu'en présentant une hypothèse; c'est aussi ce que je vais faire.

Paul est propriétaire de deux domaines; l'un *A*, l'autre *B*. Le domaine *A* produit, par suite d'expropriation, 120,000 fr.; le domaine *B* produit 20,000 fr. Ces deux domaines sont grevés d'une hypothèque légale de 40,000 fr., et, en second ordre, d'une hypothèque générale aussi de 40,000 fr. En cet état, *Paul* avait donné, en 1809, une hypothèque spéciale à *Jacques*, sur le domaine *B*, de la somme de 20,000 fr. En 1810, il avait donné à *Pierre* une hypothèque spéciale, tant sur le domaine *A* que sur le domaine *B*, de la somme de 60,000 fr. On voit là des biens en valeur de 140,000 francs, hypothéqués à des créances qui montent à 160,000 francs, en sorte qu'il devient nécessaire qu'il y ait sur l'un des créanciers une perte de 20,000 fr. Un ordre s'ouvre sur l'adjudication. On sent, au premier coup d'œil, la marche naturelle à suivre sur la collocation. L'hypothèque légale doit être remplie par 40,000 fr. à prendre sur le prix du domaine *A*; l'hypothèque générale doit l'être ensuite, pour une pareille somme de 40,000 fr. à prendre sur le prix du domaine *A*; en sorte qu'il restera sur la totalité du prix de ce domaine 40,000 fr. L'hypothèque de *Jacques*, qui est de 20,000 fr., doit être acquittée sur le prix du domaine *B*, qui est de pareille somme, puisqu'il est le premier créancier hypothécaire spécial en date sur ce domaine. Quant aux 40,000 fr. restans sur le prix du domaine *A*, ils doivent revenir à *Pierre*, pour le remplir de son hypothèque spéciale assise, mais postérieurement à celle de *Jacques*, sur le domaine *A*, et de plus sur le domaine *B*. Il y a un déficit sur lui de 20,000 fr., dont il est en perte, puisque, au lieu de 60,000 fr. dont il est créancier, il n'en touche que 40,000. Cela tient à la nature des choses et à sa propre imprudence.

Mais s'il plaisait au créancier qui aurait l'hypothèque légale de 40,000 fr., ou à *Pierre* qui pourrait colluder avec ce créancier, et qui achèterait son consentement, de vouloir, en abusant de l'indivisibilité de l'hypothèque, faire porter 20,000 fr., moitié de cette créance légale, sur le prix du domaine *B*, qui serait dès lors absorbé, et ne faire porter sur le domaine *A*, que 20,000 fr., faisant l'autre moitié de cette créance légale, qu'en résulterait-il? *Jacques* serait sans répétition sur le prix du domaine *B*, qui est le seul sur lequel il ait une hypothèque spéciale, et, par conséquent, il perdrait sa créance; tandis que le domaine *A*, se trouvant dégrevé par cette opération, de 20,000 fr., relativement à l'hypothèque légale, il resterait de libre, sur le prix de ce domaine, 20,000 fr., outre les 40,000 fr. qui restaient déjà, après y avoir pris les

40,000 fr. entiers, montant de l'hypothèque légale. Cette somme de 20,000 fr. ainsi que la première de 40,000 fr., pourrait être réclamée par *Pierre*, en vertu de son hypothèque spéciale sur le domaine *A*, sur lequel *Jacques* n'en a pas, l'hypothèque de celui-ci, qui est de 20,000 francs, étant restreinte sur le seul domaine *B*. Dès lors *Jacques* se verrait déchu de sa créance, quoiqu'il eût, pour sa sûreté, une hypothèque plus ancienne que celle de *Pierre*.

Croirait-on qu'il se soit présenté dans les tribunaux une prétention fondée sur un retour aussi astucieux, cependant on en trouve un exemple dans un arrêt de la Cour royale de Paris du 28 août 1816, qui est dans le recueil du continateur de Denevers, *an* 1817, *pag.* 85, *au supplément*. L'espèce qui y est rapportée ne fournit pas des détails suffisans pour qu'elle se présente aux yeux et à l'esprit sans quelque effort d'attention, le montant des créances respectives, et les valeurs de chacun des biens, n'y étant pas indiqués. C'est pour y suppléer, que je me suis fait un thème particulier sur lequel j'ai fondé l'hypothèse que je viens de présenter; mais tout ce que je dis se trouve conforme, en résultat, à la chose jugée par cet arrêt. Il a écarté, comme on devait s'y attendre, une prétention élevée par un sieur Chesjean, semblable à celle que j'ai supposée de la part de *Pierre*, qui aurait acquis, en réalité ou en apparence, les droits constitutifs de l'hypothèque légale. L'arrêt ne donne point de motifs, parce qu'il confirme simplement un jugement du tribunal de Joigny. C'est dans ce jugement que se trouvent les motifs qui ont déterminé la décision; ils ne laissent rien à désirer; ils contiennent un développement si lumineux, non seulement des principes qui concernent particulièrement la question, mais encore des vues générales du législateur, sur l'ordre dans lequel doivent être payés des créanciers qui se trouvent en concurrence d'hypothèques générales et spéciales sur des immeubles, que je crois devoir rapporter le jugement en entier. On y voit à combien de fraudes le système qui a été rejeté pourrait donner lieu.

« Considérant que le nouveau système hypothécaire a pour base fondamentale de faire jouir les créanciers hypothécaires des avantages qui peuvent résulter de la priorité, de la publicité et de la spécialité des hypothèques; que, dans ce système, on admet la concurrence des hypothèques spéciales avec les hypothèques légales et judiciaires, qui, de leur nature, sont générales; que dans l'art. 2134 du Code civil, le législateur a consacré en principe, qu'entre les créanciers, les différentes hypothèques, conséquemment les hypothèques spéciales ou générales, n'ont de rang que du jour de l'inscription; qu'ainsi il entre dans l'esprit de la loi, qu'aucun créancier, postérieur en date de son inscription, ne puisse être préféré à celui qui le précède dans le rang des hypothèques; — Considérant que si, d'après l'art. 2114 du même Code, l'hypothèque, qui est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation, est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur les immeubles affectés, et sur chaque portion de ces immeubles, le sens et le but de cette disposition sont qu'aucune transmission de tout ou de partie de l'immeuble hypothéqué, ne puisse s'opérer qu'à la charge de l'acquittement de la totalité de l'obligation, mais n'exclut pas la possibilité d'affecter à l'acquit de nouvelles créances le prix d'immeubles déjà grevés par l'effet de l'hypothèque générale; que les hypothèques ultérieures, conférées par une stipulation de spécialité, doivent recevoir leur pleine et entière exécution, lorsqu'il existe un moyen de désintéresser les premiers créanciers, et qu'il ne s'élève des débats comme dans l'espèce, qu'entre le créancier intermédiaire et un troisième créancier postérieur, qui voudrait limiter l'effet de la première hypothèque générale, et l'empêcher de frapper sur les biens qui lui sont hypothéqués spécialement; que, dans cette matière, la règle la plus sûre qu'on doive suivre, et qui se trouve implicitement tracée dans l'article 2134

précité, c'est de donner la préférence à l'hypothèque la plus ancienne, pour limiter et restreindre en sa faveur l'effet de l'hypothèque générale, conformément à la règle de droit, *qui potior est tempore, potior est jure*; — Considérant que le système présenté par Chesjean, offre une contradiction manifeste, puisque, d'un côté, en s'appuyant sur le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque il voudrait néanmoins restreindre l'hypothèque générale d'Aversenne et de la femme Laferrière, en l'empêchant de frapper sur les biens qui sont hypothéqués à lui Chesjean; et que, d'un autre côté, il s'oppose à la restriction admise en faveur des héritiers Lapreuserie, dont l'hypothèque a une priorité de quinze mois sur la sienne, quoiqu'en admettant cette dernière restriction, le droit d'Aversenne et de la femme Laferrière se trouve complètement conservé, et leurs créances entièrement solues et acquittées dans le projet d'ordre; — Considérant que l'adoption du système de Chesjean pourrait ouvrir le champ le plus vaste à la fraude; qu'en effet, si, ce qu'on est bien éloigné de soupçonner, Ragon-Laferrière, en haine des héritiers Ragon-Lapreuserie, et dans l'intention de leur enlever le gage qu'il leur a donné, avait rangé, sans bourse déliée, ou pour une avance très modique, Chesjean au nombre de ses créanciers hypothécaires, il en résulterait donc que, par un concert frauduleux, il pourrait faire disparaître aujourd'hui le gage donné aux héritiers Lapreuserie, dans un temps où la fortune immobilière de lui Ragon-Laferrière présentait une valeur double des charges dont elle se trouvait alors grevée; qu'ainsi, un système qui pourrait conduire à de pareils résultats, et engendrer une fraude aussi scandaleuse et aussi révoltante, doit être rejeté; — Considérant enfin que c'est à Chesjean à s'imputer de n'avoir pas examiné avec assez d'attention le tableau hypothécaire de celui avec qui il voulait traiter, avant de lui ouvrir un crédit aussi considérable; que si c'est de sa part un défaut de prudence, il ne peut en rendre victimes les héritiers Lapreuserie; que s'il a connu les droits incontestables de ces derniers, avant de faire son avance de fonds, et s'il a dès lors calculé qu'en achetant à vil prix les droits de la femme Laferrière qu'il avait pour obligée, il lui devenait facile de primer indirectement les héritiers Lapreuserie, et de leur enlever le gage que Ragon-Laferrière leur avait donné quinze mois auparavant; il doit encore s'imputer une spéculation qui, par son caractère et sa nature, devait un jour lui enlever la faculté de se plaindre de ce qu'il n'en recueille pas le fruit : le tribunal déclare Chesjean mal fondé dans sa critique de la collocation provisoire des héritiers Lapreuserie, et maintient cette collocation, ainsi et de la manière qu'elle a été faite dans le projet d'ordre, etc. »

184. J'avais écrit tout ce qu'on vient de lire sur les difficultés qui s'élèvent en cas de concours des hypothèques spéciales avec des hypothèques légales ou générales; le Traité était même non seulement terminé, mais encore l'impression en était commencée, lorsque j'ai remarqué un arrêt de la Cour de cassation, du 16 juillet 1821, qui est très important. Il est rapporté par Sirey, *vol. de* 1821, 1re *partie, pag.* 360, et par le continuateur de Denevers, *même année, pag.* 433. J'aurais voulu pouvoir me dispenser, pour abréger, de rapporter les faits qui ont constitué l'espèce sur laquelle cet arrêt a été rendu; mais je m'y vois obligé, parce qu'à la suite de l'arrêt, j'aurai des observations à faire, qui ne pourraient être appréciées que par la connaissance de ces faits. Cependant je ne rapporterai pas les moyens respectivement opposés par les parties, qui ont été développés avec étendue, et, à ce qu'il paraît, d'après des mémoires imprimés. Je me bornerai à ce qu'on doit savoir sur les faits; je les prends dans le recueil de Denevers.

« Par contrat de mariage du 26 janvier 1807, le sieur Solignac reconnut en dot à la demoiselle Raynal, devenue depuis son épouse, une somme de 37,525 fr.

« Plus tard, et par acte notarié du 9 décembre 1814, il contracta envers le sieur

Broussous une obligation de 28,000 fr., pour sûreté de laquelle il hypothéqua spécialement sa maison d'habitation, un jardin y attenant, et une prairie appelée Ville-Rousset; le tout situé à Mende. A cette époque, ses biens n'étaient frappés d'aucune hypothèque que de l'hypothèque générale de sa femme.

« Indépendamment des biens qu'il possédait dans l'arrondissement de Mende, département de la Lozère, le sieur Solignac en avait encore dans l'arrondissement de Chanac, même département.

« Le 2 novembre 1815, il emprunta du sieur Ignon une somme de 13,253 fr., pour le paiement de laquelle il hypothéqua spécialement, 1° un corps de domaine appelé de Ramades; 2° le pré de Ville-Rousset et sa maison d'habitation, déjà hypothéqués au sieur Broussous; 3° un pré, jardin et bâtiment ayant fait partie de l'enclos des cordeliers; tous ces biens situés dans l'arrondissement de Mende; 4° enfin, un pré appelé le Chambon situé dans l'arrondissement de Chanac.

« Les immeubles situés dans l'arrondissement de Mende étaient tous grevés d'hypothèques spéciales antérieures.

« Les affaires du sieur Solignac s'étant dérangées, ceux de ses biens qui étaient situés dans l'arrondissement de Mende furent saisis et judiciairement vendus. Il en fut fait quatre lots, ainsi qu'il suit :

« La maison, le jardin y attenant et le pré de Ville-Rousset, spécialement hypothéqué au sieur Broussous, formèrent le premier lot, et furent adjugés au prix de 45,500 fr.;

« Le second lot, composé du domaine de Ramades, fut adjugé à 50,000 fr.;

« Le troisième lot, adjugé à 10,200 fr., comprenait l'enclos et maison des cordeliers;

« Et le quatrième, consistant en un pré situé à la Champ, fut adjugé au prix de 1,050 fr.

« Prix total, 106,750 fr.

« Un ordre ayant été ouvert pour la distribution de ces sommes, le juge commissaire dressa un état provisoire de collocation, par laquelle la dame Solignac, épouse du saisi, fut placée au premier rang pour la somme de 39,305 fr., montant de sa dot et accessoires; et il fut dit que cette somme serait prise, savoir 19,549 fr. sur le montant du second lot; 8,260 fr. sur celui du premier; 1,042 fr. sur le quatrième lot, et le surplus sur le montant du troisième.

« Après la dame Solignac, le juge commissaire colloqua le sieur Broussous pour la somme de 31,343 fr., montant de sa créance en capital et intérêts; cette somme à prendre sur le prix de l'adjudication du premier lot, qui lui était spécialement affecté.

« Différens autres créanciers furent colloqués sur le prix des autres lots, et sur ce qui restait du prix des premier et second lots.

« Enfin, le sieur Ignon fut colloqué pour la somme de 13,253 fr., montant du capital et des intérêts de son obligation; mais les fonds manquèrent sur lui.

« Le sieur Ignon réclama contre cet état de collocation; il prétendit qu'au lieu de répartir la créance de la femme, comme l'avait fait le juge commissaire, il fallait en faire la répartition au marc le franc sur tous les biens vendus, eu égard à leur valeur. En suivant cette règle, le prix du premier lot, amoindri par le prélèvement d'une plus forte somme du chef de la femme, se serait trouvé insuffisant pour acquitter la créance du sieur Broussous; et comme celui-ci n'avait d'hypothèque que sur les immeubles qui composaient ce lot, une partie de cette créance eût été perdue, et le sieur Ignon aurait profité du vide qu'elle aurait laissé, attendu que le prix des immeubles qui lui étaient affectés se serait trouvé frappé, dans une moindre proportion, par l'hypothèque générale, qu'ils ne l'étaient d'après l'état de collocation provisoire dressé par le juge commissaire.

« Le tribunal civil de Mende n'accueillit point cette prétention; il maintint, quant à ce, le système de collocation du juge commissaire. Mais comme les biens vendus étaient insuffisans pour solder et

la créance entière de la femme, et un créancier à hypothèque spéciale antérieure à Ignon, le tribunal, par jugement du 8 juillet 1817, autorisa ce créancier à prendre le montant de sa créance sur l'allocation faite à la dame Solignac, et renvoya celle-ci à prendre sur les biens de son mari, situés dans l'arrondissement de Chanac, tout ce qui lui resterait dû pour le complément de sa dot [1]. Parmi les créanciers colloqués, il y en avait qui l'étaient pour des pensions viagères; le jugement autorisa le sieur Ignon à retirer les capitaux affectés à ces rentes des mains de l'adjudicataire, en déduction de sa créance, à la charge de servir lui-même les arrérages de ces pensions. Enfin, le jugement ajouta que si, pour le complément de la dot de la dame Solignac, il manquait des fonds sur le prix des biens de Chanac, dont le sieur Ignon était devenu acquéreur, il suppléerait à ce déficit, comme étant le créancier dernier inscrit, et prenant part sur le prix des immeubles de l'arrondissement de Mende.

« Le sieur Ignon et quelques autres créanciers interjetèrent appel de ce jugement. La dame Solignac n'en appela pas. Le sieur Ignon reproduisit son système de répartition de l'hypothèque générale de la dame Solignac, au marc le franc, sur tous les biens vendus.

« Mais la Cour royale de Nismes a condamné ce système, comme l'avait fait le tribunal de première instance; et, par arrêt du 30 juin 1818, elle a ordonné que le jugement dont était appel recevrait son effet.

« Voici les motifs qui ont déterminé son arrêt : « Attendu que, par le résultat de l'ordre intervenu sur la distribution du prix des biens du sieur Solignac, la créance procédant de la dot de son épouse, et pour laquelle elle avait une hypothèque générale, se trouvant utilement allouée sur le prix de partie des mêmes biens, sans aucune réclamation de sa part envers cette allocation, le sieur Ignon, qui n'avait qu'une hypothèque postérieure à celle-ci sur les même biens, n'est ni recevable, ni fondé à se plaindre de ce qu'on ne l'a pas fait porter sur d'autres biens également hypothéqués à cette créance; que, forcé de convenir que l'hypothèque générale est un droit réel et indivisible, qui peut être exercé sur la totalité et sur chaque partie des immeubles affectés pour la totalité de la dette, il ne peut se prévaloir de ce qu'il se trouve, par l'exercice de ce droit, privé lui-même de l'utilité d'un gage qu'il savait bien pouvoir être absorbé par cette hypothèque générale; qu'il a d'autant moins raison de s'en plaindre, qu'il voudrait faire réserver les effets de cette allocation sur le prix d'un immeuble, qui déjà était grevé d'une hypothèque spéciale en faveur d'un précédent créancier, à l'époque où il a contracté lui-même avec ce débiteur, et à laquelle il n'a pas pu ignorer que la valeur de tous les biens de ce débiteur était déjà absorbée par l'existence, soit de l'hypothèque générale, soit de l'hypothèque spéciale dont ils étaient grevés, et qu'il serait souverainement injuste d'attribuer à celui qui n'a contracté que lorsqu'il savait que le débiteur n'avait plus aucune sûreté à donner, une préférence qui devait plutôt appartenir à celui qui n'avait prêté ses fonds que sous la foi d'un gage plus que suffisant pour le payer, dans un temps où les biens libres de son débiteur étaient aussi bien plus que suffisans pour faire face à l'hypothèque générale dont ils étaient grevés; qu'admettre un système contraire serait ouvrir un libre cours à la fraude, en mettant un débiteur, déjà insolvable, à même de paralyser en partie l'hypothèque spéciale qu'il aurait don-

[1] On ne distingue pas cette circonstance dans le recueil de Sirey. Mais je dois croire que l'auteur de ce recueil, dont l'exactitude est connue, a entendu la rendre ou ne pas la dissimuler, en disant, après avoir donné les dispositions du jugement : « Le jugement, dans son dispositif, fait quelques changemens à la collocation arrêtée par le juge commissaire, mais il est inutile de les rapporter, puisqu'ils ne favorisent nullement les prétentions du sieur Ignon. » D'ailleurs, de ce que cette circonstance m'a frappé d'après mes idées particulières, ce n'est pas une raison pour que l'auteur du recueil ait dû l'être.

née à un créancier légitime, par la supposition d'un nouveau créancier auquel il donnerait aussi, en hypothèque spéciale, un autre immeuble déjà absorbé par l'hypothèque générale, pour établir le concours de celle-ci, et faire supporter partie de ses effets par l'immeuble primitivement hypothéqué, et retirer ainsi le prix d'une sorte de stellionat qu'il pourrait impunément commettre. »

Sur le pourvoi du sieur Ignon, est intervenu l'arrêt de rejet qui suit : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, que l'inscription hypothécaire du sieur Ignon, sur les biens dont le prix a été distribué, est postérieure à toutes celles des créanciers qui ont été colloqués avant lui dans la distribution de ce prix; — Attendu qu'aucune loi; dans le concours de l'hypothèque générale avec les hypothèques spéciales, n'impose aux juges l'obligation de faire, sur les biens spécialement hypothéqués, la répartition de l'hypothèque générale au marc le franc de leur valeur; — Attendu, d'ailleurs, qu'une pareille répartition, si elle était admise en principe, pourrait devenir, pour un débiteur de mauvaise foi, qui aurait des créanciers à hypothèque générale et des créanciers à hypothèque spéciale, *un moyen de frustrer ceux-ci d'une partie de leurs légitimes créances*, en contractant postérieurement des dettes simulées, et y affectant les biens qui leur étaient déjà spécialement hypothéqués; que s'il est de la nature de l'hypothèque spéciale de restreindre son effet à l'immeuble qui en est l'objet, il est aussi, dans l'esprit général du système hypothécaire, d'avoir égard à l'antériorité des droits acquis, parce que le créancier qui a prêté le dernier, a eu bien moins de raison que tous les autres de croire à la solvabilité du débiteur commun; d'où il suit, qu'en faisant la répartition de l'hypothèque générale de la dame Solignac, sur les biens dont le prix était à distribuer, de manière à donner effet aux hypothèques spéciales, selon l'ordre de leur date, la Cour royale de Nismes non seulement n'a violé aucune loi, mais s'est au contraire conformée aux véritables principes de cette matière. »

Je crois pouvoir dire que l'arrêt de la Cour royale de Nismes, celui de la Cour de cassation, et le jugement du tribunal de Joigny, que j'ai rapporté dans le n° précédent, forment un corps de doctrine sur les principes généraux de la matière, et, en venant à la question particulière dont il s'agit, ils indiquent les moyens les plus sages de concilier les droits des créanciers qui ont une hypothèque ou légale ou générale, avec ceux des créanciers qui ont seulement des hypothèques spéciales. Cependant tout ce que j'ai dit dans les nos précédens, sur cette importante question, ne devient pas à beaucoup près inutile. L'arrêt de la Cour de cassation vient à l'appui des opinions que j'avais émises. On ne saurait trop multiplier les essais et les exemples sur une matière aussi compliquée, et où tant de sortes d'espèces peuvent se rencontrer.

Il résulte de tout ce qui précède, et surtout de l'arrêt de la Cour de cassation, que les créanciers qui ont une hypothèque ou légale ou générale, doivent être payés par préférence à ceux qui ont seulement des hypothèques spéciales. Mais aussi le droit de ces derniers est réglé de manière que ceux d'entre eux qui, dans l'intention des parties comme dans l'esprit de la loi, ont dû être payés les premiers parce que les premiers ils ont affecté les immeubles, ont, en effet, la préférence sur ceux qui n'ont acquis des hypothèques que postérieurement. L'idée de subrogation légale, dont le système avait été proposé par M. Tarrible, et que j'avais combattue, n° 179, en rendant justice à la pureté de l'intention, a été rejetée, parce qu'elle ne pouvait se concilier avec les principes de la matière.

L'arrêt de la Cour de cassation, et les décisions qui l'ont précédé, donnent les moyens de surmonter la grande difficulté qui se présentait sur l'application que les créanciers qui avaient des hypothèques générales auraient voulu faire de ces hytbèques sur tels ou tels immeubles, au point d'absorber, sur le prix de ces mêmes immeubles, les premières hypothèques spé-

ciales qui y auraient été imprimées, et de laisser libres, en faveur d'autres créanciers, des immeubles sur lesquels ceux-ci auraient des hypothèques spéciales, mais qui seraient postérieures.

On ne peut se dissimuler que le principe de l'indivisibilité de hypothèque reçoit, par les décisions que je viens de rapporter, une modification, respectivement aux hypothèques légales ou générales. On a déjà vu, au commencement de ce §, nº 167, que, suivant le droit romain, le créancier hypothécaire, dont l'hypothèque était générale de sa nature, n'était astreint à aucun ordre successif dans l'exercice du droit d'hypothèque : ce créancier pouvait la faire porter, à son gré, sur tout héritage quelconque, qui aurait été compris dans cette hypothèque, de préférence à tous autres. Tel était le résultat de la loi 8, ff. *de distract. pign.* La direction de l'hypothèque était soumise à la volonté arbitraire du créancier, *creditoris arbitrio*. Mais la modification nouvellement établie est une amélioration qui s'approprie d'ailleurs à notre système hypothécaire ; elle est heureuse en ce que, sans détruire le principe de l'indivisibilité, elle rentre dans des idées d'équité et dans l'esprit de la loi. On ne doit jamais tolérer un mode particulier de l'exercice d'un droit, lorsqu'il nuit à autrui, sans profiter à celui qui choisit ce mode plutôt que tout autre qui tendrait également à la conservation de ses intérêts.

Je dois néanmoins faire une observation à ce sujet. On vient de voir, dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation et d'après le jugement du tribunal de première instance de Mende, que, pour que la collocation laissât moins de vide pour les créanciers qui n'avaient que des hypothèques spéciales, la dame Solignac fut renvoyée pour un restant de sa créance, lequel, au surplus, paraissait modique, à se pourvoir sur les biens situés dans l'arrondissement de Chanac, qui était tout autre que celui où se faisait l'ordre. Ce dernier était celui de Mende : la dame Solignac ne s'en plaignait pas. D'ailleurs, tout indique que le recouvrement de ce restant de créance était assuré. Mais pourrait-on bien admettre une pareille mesure, contre le gré du créancier qui aurait une hypothèque générale ? N'y aurait-il pas à craindre que ce ne fût un peu trop s'écarter du principe de l'indivisibilité ? On sent la différence qu'il y a entre les cas où les biens affectés aux hypothèques sont dans un seul arrondissement, et où l'ordre se fait au seul tribunal de cet arrondissement, et le cas où il y aurait des biens situés dans des arrondissemens différens, ce qui nécessiterait un ordre dans chacun des tribunaux de ces arrondissemens. J'ai fait remarquer les suites de cette différence, aux nºs 179 et 180, en m'expliquant sur le 1er et le 2e des exemples que j'ai présentés. La modification à laquelle on a eu nouvellement recours ne serait-elle pas plus heureusement établie, et d'une manière plus conforme aux principes, si, dans le cas d'une volonté exprimée par le créancier qui aurait l'hypothèque générale, on le colloquait sur les biens situés dans un seul arrondissement, toujours dans les proportions les plus favorables aux créanciers dont les hypothèques seraient seulement spéciales ? N'y aurait-il pas quelque dureté à renvoyer, contre son gré, le créancier dont l'hypothèque serait générale, à se pourvoir, même pour une partie de sa créance, quoique modique, sur les biens situés dans un autre arrondissement, surtout si cet arrondissement était éloigné ? C'est une idée qu'il ne m'appartient que de soumettre aux tribunaux. D'ailleurs, une décision, en pareil cas, peut dépendre des circonstances et des consentemens que les parties intéressées pourraient donner, et que souvent leur intérêt bien entendu commande.

Mais tout ce que j'ai dit, les décisions même des tribunaux, connues jusqu'à présent, ne détruisent pas entièrement cette idée, que le concours des hypothèques générales avec les hypothèques spéciales, fera toujours naître de grandes difficultés et de véritables dangers pour ceux qui prêtent à des maris ou à des

tuteurs, sous une hypothèque spéciale. Nous avons des guides pour se tirer, le mieux qu'il est possible, de ces difficultés, lorsqu'elles se présentent; mais il est bien plus sage d'empêcher qu'elles ne naissent. Je dois donc rappeler le conseil que j'ai déjà donné, de ne prêter à un mari dont les biens sont soupçonnés d'être grevés d'une hypothèque légale, surtout si elle est considérable, qu'autant qu'il aura été fait une réduction ou restriction de cette hypothèque légale, sur certains biens du mari, de manière que les autres soient libres, et susceptibles d'être affectés, sans crainte, à des hypothèques spéciales. Cette réduction devient une espèce de spécialisation de l'hypothèque légale, dont il est aisé de sentir l'utilité; c'est le seul moyen d'être à l'abri de recherches et de procès, parce qu'il est toujours très difficile de sonder avec sûreté des hypothèques légales. Telle est la ressource que le législateur indique dans l'intérêt des maris, et dans celui de ceux qui veulent contracter avec eux. Cette opération est simple et peu dispendieuse. Je ne doute pas qu'il n'ait été dans la pensée du législateur, que l'habitude s'en formerait. Combien on s'éviterait de sollicitudes, si on prenait cette mesure plus souvent qu'on ne le fait? On sent que la même précaution doit encore avoir lieu dans le cas où l'on contracte avec ceux qui sont chargés de tutelle, ou qui l'ont été. La même mesure est aussi indiquée par la loi pour cette circonstance; elle l'est encore pour le cas de l'hypothèque judiciaire qui, de sa nature, est générale : elle résulte de l'art. 2161 du Code civil.

Il n'y aurait que la préoccupation et l'irréflexion qui pourraient faire naître un sujet de blâme contre la loi, dans la nécessité de prendre ces précautions. Jamais la législation ancienne ne présenta de tels avantages. Les hypothèques légales existaient; elles pouvaient être suivies d'hypothèques ordinaires, qui, comme ces hypothèques légales, étaient générales; mais, par surcroît d'inconvénient, toutes ces hypothèques étaient occultes. On contractait dans les ténèbres, et de là une multitude de procès. Les précautions admises par notre législation actuelle font tout connaître; et tout risque disparaît, toute crainte cesse.

185. Il peut arriver que des circonstances fassent sortir des bornes dans lesquelles une hypothèque spéciale aurait été circonscrite; elle peut se porter, par extension, sur d'autres immeubles que ceux qui auraient été hypothéqués. Cela arriverait, par exemple, si, à l'occasion de l'exécution de l'acte obligatoire par lequel l'hypothèque spéciale aurait été consentie, il s'élevait des difficultés qui donnassent lieu à un procès, et qu'il intervînt des condamnations, desquelles il résulterait une augmentation plus ou moins considérable de la même créance.

Ce serait très improprement qu'on dirait qu'alors l'hypothèque spéciale est convertie en une hypothèque judiciaire, qui, dès lors, serait générale. Ce serait se livrer à de fausses idées, et s'éloigner du vrai point de décision des difficultés qui peuvent naître de cette position. Je rappelle ici le principe que j'ai posé dans le n° 62, que les hypothèques ne doivent point être confondues, et que l'une de leurs espèces ne peut être convertie en une autre. Il en résulte que, dans l'hypothèse que je viens de présenter, il y aura deux hypothèques bien distinctes, dont chacune doit toujours être renfermée dans son espèce particulière; savoir, l'hypothèque spéciale qui ne peut avoir d'autre assiette que sur le fonds énoncé dans l'obligation et dans l'inscription prise en vertu de cette même obligation, et l'hypothèque générale qui existera seulement en vertu du jugement ou de l'arrêt survenu depuis. Cette hypothèque générale pourra porter sur tous les autres immeubles du débiteur, mais elle n'aura d'effet sur ces immeubles, que du jour de la nouvelle inscription qui devra être prise. En sorte que si le créancier qui serait dans cette position, se trouvait en concours avec d'autres créanciers qui auraient des inscriptions postérieures, pour hypothèques spéciales sur les immeubles sur lesquels porterait l'inscription prise

pour l'hypothèque générale, il est évident qu'ils auraient le droit de restreindre l'effet de cette inscription au montant de l'augmentation de la créance. qui résulterait du jugement et de l'arrêt; laquelle inscription n'aurait pu être prise que jusqu'à concurrence de cette augmentation.

Il y a dans le recueil de Denevers, *an* 1808, *pag.* 182, un arrêt de la Cour de cassation, du 4 avril 1808, qui est rendu dans une espèce qui a quelque analogie avec l'hypothèse que je viens de présenter. Mais l'arrêt ne préjuge rien sur la distinction de ces deux hypothèques, et sur leurs effets respectifs; il décide seulement que celui qui avait l'hypothèque générale à la suite de l'hypothèque spéciale, avait pu faire vendre des biens du débiteur, autres que ceux qui avaient été hypothéqués spécialement, parce que ces derniers étaient reconnus insuffisans *pour solder la totalité de la créance.* La difficulté n'existait qu'entre le créancier et le débiteur.

Il y a plus; c'est que s'il était vérifié que les biens qui seraient affectés spécialement fussent suffisans pour le paiement de la créance établie par l'obligation, et en même temps pour l'acquittement du montant de l'augmentation de cette créance qui résulterait du jugement ou de l'arrêt, les créanciers qui auraient des hypothèques spéciales sur les objets sur lesquels frapperait l'hypothèque générale, mais qui seraient postérieures, seraient fondés, ainsi que le débiteur, à demander que le créancier qui aurait l'hypothèque générale, exerçât tous ces droits préalablement sur les objets qui lui auraient été spécialement affectés, sauf à venir ensuite, en cas d'insuffisance, sur les biens grevés de l'hypothèque générale. Cependant, si la prétention s'élevait sur l'ouverture d'un ordre, à l'occasion des biens frappés de l'hypothèque générale, on devrait prendre des précautions nécessaires, soit en obligeant les créanciers postérieurs à rapporter, d'après l'évènement, les sommes pour lesquelles ils seraient colloqués, soit de toute autre manière, selon les circonstances pour que le créancier qui aurait l'hypothèque générale, pût revenir utilement sur le prix provenu des immeubles sur lesquels il aurait exercé des poursuites, à raison de cette hypothèque, si le prix provenu de l'objet spécialement hypothéqué était insuffisant pour la totalité de la créance. En se fixant sur la corrélation de ces deux hypothèques, et sur leur origine, l'hypothèque générale ne peut être considérée que comme subsidiaire à l'hypothèque spéciale, pour le seul cas d'insuffisance de cette hypothèque.

Je ne chercherai pas à appuyer mon opinion sur l'analogie qu'il peut y avoir entre le cas dont il s'agit, et celui prévu par le droit romain, de l'hypothèque spéciale accordée à un créancier en même temps que l'hypothèque générale. On sait qu'alors l'immeuble spécialement hypothéqué devait être discuté avant d'exercer l'hypothèque générale. On pourrait répondre que, dans ce cas, il n'y avait qu'une seule créance; et que, dans le cas dont il s'agit, il y en a une survenue à la suite de l'autre; que l'hypothèque générale est née de la force des choses, par le fait du débiteur, et que le créancier ne peut pas plus être privé de son hypothèque générale pour l'augmentation de la créance, que de l'hypothèque spéciale pour la créance même. Mais mon opinion peut être fondée sur un principe d'équité, qui dérive de la loi même. En procurant tous les moyens d'assurer les créances, elle ne veut pas qu'un créancier porte gratuitement le trouble et le désordre dans les affaires du débiteur, et donne lieu à des frais qui entraîneraient sa ruine, et entraveraient le recouvrement des autres créances.

Il existe un cas où il se présente un mode particulier d'indivisibilité d'hypothèque, même lorsque l'immeuble a été grevé successivement de deux hypothèques spéciales. J'ai traité la question qui peut s'élever à ce sujet, au n° 61.

186. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque a souvent donné lieu à de graves difficultés, lorsque des hypothèques générales pour des rentes, soit perpétuelles, constituées à prix d'argent,

soit foncières, soit enfin viagères, se sont trouvées en concours avec des hypothèques spéciales. Ces difficultés se présentent encore lorsque ce sont des hypothèques générales pour des créances conditionnelles ou éventuelles, qui concourent avec les hypothèques spéciales pour sommes exigibles à l'instant. La solution de ces difficultés demande quelques explications; et il convient de distinguer chacun de ces objets.

Quant aux rentes constituées, il doit en être comme pour les créances ordinaires, tant pour celles constituées anciennement que pour celles qui ne l'auraient été que postérieurement au Code civil. Toutes ces rentes, d'après les dispositions de la loi de brumaire et celles du Code civil, ont perdu, ainsi que je l'ai déjà dit, le caractère d'immeubles qu'elles avaient anciennement, au moins dans certaines provinces; elles ne sont plus par elles-mêmes susceptibles d'hypothèque; elles sont devenues de simples créances particulières : il n'y a d'autre différence que relativement à l'étendue de l'hypothèque. La spécialité est nécessaire pour les rentes créées depuis la promulgation du Code civil, comme pour toutes les autres créances. Il y aurait l'hypothèque générale pour les rentes anciennes; et dès lors, en ce qui concerne la poursuite de l'hypothèque et la collocation dans un ordre, il en est de ces rentes comme de toutes les autres créances pour lesquelles cette hypothèque générale existe; en sorte que l'on peut leur appliquer, selon la position dans laquelle on se trouve, les principes déjà exposés relativement au concours des hypothèques générales avec des hypothèques spéciales.

Par rapport aux rentes foncières, créées avant la loi du 29 décembre 1790, elles sont de la même nature que les rentes constituées à prix d'argent, dont je viens de parler; les mêmes causes les ont rendues des objets mobiliers. Les rentes foncières, créées depuis la loi de brumaire et sous le Code civil, peuvent donner lieu à trois sortes de poursuites : 1° par la résiliation du bail à rente et la revendication des immeubles qui en font l'objet, à défaut de paiement des arrérages, surtout s'il y a des stipulations à ce sujet dans le contrat; 2° par la voie de l'expropriation; 3° en cas d'expropriation de la part d'un tiers créancier, par l'action qui résulte de l'hypothèque et de la demande en collocation dans un ordre; car on sent que depuis le Code civil, la sûreté de la prestation de la rente foncière exige, à l'égard des tiers, la stipulation d'une hypothèque spéciale qu'on doit faire porter naturellement sur l'immeuble concédé à rente, et qui doit être suivie d'inscription. On peut cependant étendre l'hypothèque spéciale sur d'autres immeubles appartenans au débiteur. Sous tous ces rapports, il est difficile de prévoir des difficultés sérieuses, quel que soit le concours d'autres créanciers du débiteur de la rente.

Mais il peut n'en être pas de même de la rente foncière créée avant la loi du 29 décembre 1790, par la raison que l'obligation du paiement de cette rente aura été contractée avec l'hypothèque générale qui avait lieu alors, et qui serait conservée par des inscriptions. Si, dans un ordre qui serait ouvert du prix provenant d'héritages autres que ceux compris dans la concession à titre de rente, le créancier de la rente se présentait pour être colloqué, soit pour le capital, soit pour des arrérages, préférablement à des créanciers qui auraient des hypothèques spéciales sur les mêmes biens, mais postérieures, en inscriptions, à celles de cette hypothèque générale, c'est alors que les difficultés s'élèveraient. Or, je pense qu'il faudrait se décider dans les mêmes idées que j'ai développées dans le n° précédent, relativement au concours d'une hypothèque spéciale avec une hypothèque générale sur la tête du même créancier, lesquelles hypothèques dériveraient de la même créance : les motifs de décision sont les mêmes. On sent combien il serait injuste que les créanciers qui auraient des hypothèques spéciales, postérieures à l'hypothèque générale, fussent privés de

tous droits sur les fonds qui auraient été sujets à l'hypothèque générale, et cela par l'effet de la présence du créancier de la rente qui aurait cette hypothèque générale, et que néanmoins ils n'eussent aucune ressource sur l'immeuble qui aurait été concédé en rente, et sur lequel il n'y aurait point en leur faveur de constitution d'hypothèque ni d'inscription. On sait, en effet, qu'ordinairement on ne prête pas sur l'assurance d'un fonds grevé d'une rente conservée. On conçoit encore que si, d'après des combinaisons qu'il est difficile que la prévoyance embrasse, l'on était dans une position telle que du prix d'un immeuble sur lequel un ordre s'ouvrirait, il n'en restât que pour le paiement d'une partie du capital d'une rente perpétuelle, constituée à prix d'argent, ou d'une rente foncière, le créancier serait obligé de recevoir le paiement partiel, nonobstant le principe général que le créancier ne peut être tenu de recevoir partiellement sa créance. Cette division devient l'effet d'une nécessité qui tient à la nature des choses. Le créancier n'a que le droit de toucher le surplus de sa créance sur un autre ordre qui s'ouvrirait dans la suite, sauf ses actions personnelles contre son débiteur.

Venons au cas du concours de l'hypothèque générale existante à raison d'une rente viagère, soit que ce fût parce qu'elle aurait été créée avant la loi de brumaire, c'est-à-dire, lorsque l'hypothèque générale était de droit, soit parce que cette hypothèque aurait été établie sous le Code civil, sur tous les biens présens du débiteur énoncés nominativement dans le contrat de constitution de la rente, sur chacun desquels il aurait été pris des inscriptions. Il y a, pour ce cas, plus de difficultés que pour les deux premiers sur lesquels je viens de m'expliquer.

Non seulement les rentes constituées à prix d'argent, mais encore les rentes viagères étaient purgées par le décret forcé, par le décret volontaire, et ensuite sous l'édit de 1771, par les lettres de ratification. En conséquence toutes ces rentes étaient remboursables, et ceux à qui elles étaient dues étaient colloqués pour les capitaux, comme pour les arrérages, sur le prix des ventes ou des adjudications, à la date des hypothèques. Cependant, à l'égard de la rente viagère, le capital ne pouvant en être pris que suivant sa valeur à l'époque de la confection de l'ordre, et cette valeur ayant diminué, par l'accroissement de l'âge ou des infirmités du créancier depuis la constitution de la rente, il s'en faisait une diminution proportionnelle, et elle n'était remboursée qu'en une somme estimée suffisante pour acquérir au créancier une rente viagère de pareille somme. C'est ce qu'atteste Pothier, *du contrat de constitution, etc., chap.* 8, *n°* 231.

Mais ces principes sont entièrement changés par le Code civil, relativement à la rente viagère. Ce changement résulte de l'art. 1978. Il y est dit: « Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente (viagère) n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné; il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages. » D'après cet article, en le combinant surtout avec l'article 1979, le remboursement ne peut être fait par le débiteur contre le gré du créancier; et celui-ci ne peut le réclamer contre le gré du débiteur ou de ses autres créanciers qui sont à ses droits [1].

Il est bien vrai que, d'après l'art. 2184 du Code, le nouveau propriétaire doit déclarer, par l'acte de notification aux créanciers, qu'il est prêt à acquitter *sur-le-champ* les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence seulement du prix,

---

[1] Voyez dans le recueil de Denevers, an 1807, pag. 45, un arrêt de la Cour de cassation, du 12 janvier 1807, qui a prononcé la résiliation d'un bail à rente viagère, conformément aux anciens principes, parce que le contrat et la demande étaient antérieurs au Code civil.

sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. Il était de l'intérêt du créancier, qu'il ne fût pas obligé de suivre son hypothèque sur les biens du débiteur, autres que ceux sur lesquels un ordre s'ouvrirait; et il était dans l'intérêt du débiteur qu'il ne restât pas obligé, après cet ordre, au paiement de la créance non exigible. C'est pourquoi, dans la nouvelle législation établie par le Code civil, on a abandonné les idées de Loyseau, *du déguerpissement*, *liv.* 3, *chap.* 9, *n^os* 4, 5, 6 *et* 7. Cet auteur voulait que, même en matière de décret, les rentes fussent acquittées par l'adjudicataire, comme elles l'étaient auparavant par le débiteur. Il regardait cette mesure comme étant aussi juste qu'utile pour ce dernier. Cependant l'opinion de Loyseau n'était pas suivie dans l'ancienne jurisprudence. Lors du Code civil, le législateur a voulu que l'immeuble hypothéqué devînt libre par l'absence des enchères, après la notification faite aux créanciers pour les provoquer, ou, en cas d'enchères, après l'adjudication faite avec les formes de l'expropriation forcée. Ainsi, on doit croire que, dans cet art. 2184, le législateur n'a pas voulu comprendre le cas où l'immeuble serait grevé d'une hypothèque pour rentes viagères. Il faut nécessairement combiner cet article, ainsi que l'article 2186, avec l'article 1978; et cette combinaison repousse cette idée. La rente viagère, par sa nature, fait exception à toutes les autres dettes non exigibles, ou seulement dues à terme. La Cour royale de Paris a jugé, à la vérité, par un arrêt du 5 février 1814, rapporté par Denevers, *an* 1815, *pag.* 29, que l'acquéreur qui fait les notifications aux termes de l'art. 2184, doit indiquer un taux aux rentes viagères, qui fait partie du prix de la vente. Je m'explique, à cet égard, dans la 2e partie, chap. Ier, sect. IV. Mais cette indication ne peut jamais être nécessaire que pour la détermination des enchères, à l'égard des créanciers qui voudraient enchérir; et cet arrêt ne préjuge point la nécessité du remboursement de la rente viagère à celui qui en est créancier.

J'observe que, quoique l'exposition que je viens de faire paraisse concerner seulement le cas de la purgation des hypothèques, par suite d'enchères sur une vente volontaire, il en est cependant de même pour le cas de la purgation des hypothèques, par suite d'une expropriation faite par un créancier, parce qu'il y a identité de motifs.

Si donc le créancier d'une rente viagère se présente à l'ordre du prix d'un immeuble hypothéqué à sa rente, concurremment avec d'autres créanciers qui auraient des hypothèques postérieures, le capital ne pouvant être remboursé, il devient indispensable de laisser toucher par les créanciers postérieurs une partie du prix, jusqu'à concurrence d'une somme qui puisse fournir en revenus la prestation annuelle de la rente, sauf à faire profiter les créanciers de la propriété franche et libre de capital, au décès du créancier de la rente, par imputation sur leurs créances. Mais ces créanciers ne peuvent toucher qu'en donnant toutes les sûretés convenables pour la prestation annuelle de la rente, par un emploi, ou en fournissant caution. Potbier, *loco citato*, s'en explique ainsi : C'est ce qui s'est toujours pratiqué et se pratique encore. On peut voir un arrêt de la Cour royale de Besançon, du 16 messidor an 13, rapporté par Denevers, *an* 1806, *pag.* 201, *au suppl.*; l'arrêt de la Cour de cassation, du 12 juin 1809, qui rejette le pourvoi par lequel il avait été attaqué, *an* 1807, *pag.* 345; et un autre arrêt de la même Cour, du 4 frimaire an 14, rapporté au même recueil, *même année*, *pag.* 154.

Au surplus, on sent bien qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait une uniformité sur la nature et la forme des sûretés qui doivent être données au créancier de la rente; elles peuvent varier suivant les circonstances relatives à l'intérêt de ce créancier, et à celui des autres créanciers. Ils peuvent encore convenir de mesures qui peuvent être accueillies par les tribunaux, quand ils les trouvent utiles et sages. Un arrêt de la Cour royale de Caen, du 18 mai 1813, rapporté dans le

recueil de Denevers, *an* 1815, *pag.* 4, *au suppl.*, a jugé qu'il ne peut pas être ordonné que, *nonobstant l'opposition des créanciers postérieurs*, l'acquéreur gardera en ses mains, pour servir la rente viagère, une somme représentant le capital au denier vingt; que le service de la rente doit être adjugé au rabais (ainsi que les créanciers le demandaient), à la charge par l'adjudicataire de fournir hypothèque suffisante. On ne voit rien dans cette décision qui contrarie les principes; et elle concilie tous les intérêts.

Mais il faut pousser plus loin les hypothèses. Supposons que, d'après l'ordre des hypothèques qui concouraient, le prix de l'immeuble à distribuer, et qui serait touché par les créanciers postérieurs sous les soumissions dont je viens de parler, ne fût pas suffisant pour produire un revenu analogue à la totalité de la prestation annuelle de la rente; il est sensible que, dans ce cas, il ne pourrait être fourni de sûreté que jusqu'à concurrence de ce que les créanciers postérieurs toucheraient, et que ce serait seulement dans cette proportion que les créanciers acquitteraient la rente annuellement, sauf au créancier de la rente à exercer telle action qu'il aviserait contre le débiteur personnel de la rente, ou à se pourvoir successivement sur les autres immeubles du débiteur qui lui seraient hypothéqués, jusqu'à ce qu'il eût toutes les sûretés nécessaires pour l'acquit entier de la rente. Ce procédé serait imposé par la nécessité.

Mais dans ce cas, et même encore dans celui où, lors d'un premier ordre, on aurait fourni au créancier de la rente toutes les sûretés nécessaires pour qu'elle fût acquittée en entier, ce créancier pourrait-il se présenter à tous les autres ordres qui se feraient successivement du prix des autres biens du débiteur, pour demander, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, à être colloqué non seulement pour ce qui pourrait rester à assurer du capital de la rente, mais encore pour la totalité de ce capital? En entrant non seulement dans un esprit de justice et d'équité, mais encore dans les principes du Code civil, on doit se décider pour la négative. L'indivisibilité de l'hypothèque, ainsi que l'hypothèque même, ne peut avoir pour objet que la sûreté du créancier à qui elle est donnée. Elle ne peut donc s'étendre au delà de cette sûreté, quand elle existe. Dès le moment que le créancier est désintéressé, l'indivisibilité de l'hypothèque et l'hypothèque même doivent cesser. Et dès ce même moment, les créanciers postérieurs qui, d'après l'esprit de la législation hypothécaire, ont pu compter sur le gage de leur créance, lorsque les créances antérieures devenaient complétement assurées, rentrent dans l'exercice libre de leurs hypothèques. Ainsi le droit du créancier de la rente viagère se termine au moment où se rencontrent toutes les sûretés nécessaires pour l'acquittement annuel de sa rente.

Cependant on pourrait tirer des inductions contraires d'un arrêt de la Cour de cassation, du 18 mai 1808, rapporté dans le Recueil de Denevers, *même année*, *pag.* 255. Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait, non d'une rente viagère, mais d'une rente perpétuelle, constituée à prix d'argent, sous une hypothèque générale. Il y eut d'abord une expropriation d'une partie des biens grevés de l'hypothèque; elle fut suivie d'un ordre dans lequel les créanciers de la rente furent colloqués pour une partie seulement de leur créance. Il ne pouvait y avoir lieu au paiement réel de la somme colloquée, parce que, d'après les articles 15 et 30 de la loi du 11 brumaire an 7, relative aux hypothèques, et l'article 35 de la loi du même jour, relative à l'expropriation, sous lesquelles les contrats avaient été faits, l'adjudicataire, comme l'acquéreur volontaire, pouvait jouir des mêmes termes et délais qu'avaient les précédens propriétaires; ce qui est changé par le Code civil. Sous ce rapport, on pourrait comparer cette rente perpétuelle, au remboursement de laquelle l'adjudicataire pouvait être forcé, à la rente viagère. Il se fit, dans la suite, un second ordre; et

alors il y eut une collocation pour la partie restée due de la rente, qui n'avait pu d'abord être colloquée utilement. Enfin, sur un troisième ordre, les créanciers de cette rente se présentèrent encore pour demander à être colloqués pour la totalité des mêmes capitaux non exigibles, *pour le montant de leur collocation, resté entre les mains des adjudicataires jusqu'au remboursement de leur créance; sauf, en cas de remboursement, à faire profiter de leur collocation les créanciers sur lesquels les fonds se trouveraient manquer, et qui seraient colloqués subsidiairement et conditionnellement, jusqu'à concurrence des capitaux aliénés.* Les créanciers de la rente fondaient leur demande en collocation intrégale, lors du troisième ordre, sur ce que celles qu'ils avaient obtenues sur le prix des premières ventes, ne pouvaient être un obstacle à une nouvelle collocation, *puisque leurs capitaux ne leur avaient pas été remboursés, et que l'adjudicataire était autorisé à continuer la rente.*

Cette prétention fut repoussée, comme subversive du régime hypothécaire, tant par les tribunaux de première instance, que par la Cour d'appel; mais elle fut accueillie par la Cour de cassation, qui cassa l'arrêt de la Cour d'appel. On pourra lire avec fruit la forte discussion à laquelle cette prétention donna lieu: elle se trouve dans le recueil. Pour abréger, je dirai seulement que l'arrêt de la Cour de cassation est fondé sur le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, et sur ce que, dans l'espèce, il n'y avait pas de remboursement effectif qui, seul, peut emporter l'extinction de la créance; et qu'une seule collocation pour le paiement à venir, ne pouvait avoir l'effet d'un paiement, parce que la collocation non effectuée ne peut être considérée que comme une délégation imparfaite d'un tiers, de la part du débiteur, qui ne peut libérer celui-ci.

Mais, en premier lieu, si on se pénètre de la force des moyens contraires que la discussion fait connaître, et que je ne pourrais rapporter sans trop m'allonger, on verra que la décision de la Cour de cassation peut éprouver des difficultés. En second lieu, et indépendamment de cette réflexion, l'espèce de l'arrêt n'est pas exactement la même que celle dont je m'occupe. La rente perpétuelle, qui a un capital fixe, dure jusqu'au rachat, et ne peut s'éteindre que par un remboursement effectif, qui peut ne se faire que dans un temps très reculé. La rente viagère, au contraire, qui, dans les vrais principes, n'est assujettie à aucun taux, et n'est point remboursable, s'éteint par la mort du créancier. Il peut donc être raisonnable de soutenir que les sûretés, dans ces deux espèces, ne sauraient être exigées de la même manière. Mais s'il est nécessaire, comme on n'en saurait douter, que l'immeuble grevé de l'hypothèque pour la sûreté de la rente viagère, en soit dégagé, comment pourrait-on y parvenir autrement qu'en prenant les mesures que j'ai indiquées? Il en est de ce cas comme de celui des créances conditionnelles et éventuelles, dont je vais m'occuper dans le n° suivant. Les principes concernant ce dernier cas, tendent à renforcer ceux qui sont relatifs à celui dont il est ici question. Si le créancier de la rente viagère ne peut demander la résiliation du contrat de constitution, et le remboursement du capital qui aurait formé le prix de cette constitution, lorsque le débiteur fournit toutes les sûretés nécessaires pour que la rente soit servie, ainsi que cela résulte de l'art. 1977 du Code, pourquoi le créancier de cette rente viagère aurait-il à se plaindre contre les créanciers du débiteur, lorsque la justice, en procédant à la confection des ordres, procure les mêmes sûretés? S'il en était autrement, celui à qui il serait dû une rente viagère de 1,000 fr. par an, qui pourrait être servie par une somme assurée de 20,000 fr. mise en revenus, pourrait rendre indisponible, de la part d'un débiteur, une fortune de plus de 200,000 fr.

Enfin, la Cour royale de Paris a jugé la question en thèse, dans le sens de l'opinion que je viens d'émettre, par un arrêt du 31 juillet 1813, rapporté dans le recueil de Denevers, *an* 1815, *pag.* 43,

au suppl. Je renvoie à l'arrêt et à sa discussion. Je pense que l'arrêt est rendu dans des principes d'équité et de justice. L'auteur du recueil annonce que cette Cour a cru devoir juger comme elle l'avait fait par son arrêt, qui fut cassé par celui de la Cour de cassation, du 18 mai 1808, sur lequel je viens de m'expliquer; mais, comme je l'ai déjà dit, il n'y avait pas identité d'espèce. Le dernier arrêt concernait une rente viagère, et le premier était relatif à une rente perpétuelle. L'arrêtiste semble aussi avoir senti la différence. *Il n'en est peut-être pas ainsi*, dit-il, *relativement aux rentes viagères.*

Au surplus, tout ce que je viens de dire, fera sentir combien il est important que celui qui constitue sur ses biens une rente viagère, prenne de précautions pour ne pas tomber dans le dédale de difficultés que je viens de faire entrevoir. Il y parviendra en renfermant les limites de l'hypothèque dans des immeubles suffisans pour en répondre, et en n'affectant pas ces immeubles à d'autres hypothèques.

Je dois observer qu'il s'est élevé un grand nombre de difficultés, relativement à toutes les espèces de rentes, constituées, foncières ou viagères, sur les cas où on pouvait en demander le remboursement ou la résiliation. Mais ce sont autant de questions particulières, concernant uniquement la législation des rentes, abstraction faite de la législation hypothécaire. Je crois devoir m'abstenir de les traiter. Je vais néanmoins indiquer, en note, plusieurs arrêts qui ont décidé ces questions, et dont on pourra s'aider au besoin [1].

J'observe que la Cour royale de Paris a jugé, par un arrêt du 21 janvier 1814, rapporté par Denevers, *an* 1815, *pag.* 49, *au suppl.*, que le créancier d'une rente perpétuelle est en droit d'exiger son capital, lorsque l'immeuble, sur lequel il avait une hypothèque spéciale, a été vendu moyennant un prix inférieur à sa créance, et qu'il se trouve ainsi exposé à recevoir un remboursement partiel, quand le nouveau propriétaire voudra purger son acquisition. Mais on sent facilement que ce cas particulier ne doit porter aucun changement aux explications dans lesquelles je suis entré, où il a été principalement question du concours d'hypothèques générales avec des hypothèques spéciales.

187. Les principes que j'ai déjà développés peuvent s'appliquer aux créances conditionnelles ou éventuelles, dont les hypothèques, soit générales, soit spéciales, concourent avec des hypothèques pour créances ordinaires.

Il ne faut jamais perdre de vue ce principe important sur cette matière, que les voies de purgations d'hypothèques, introduites par la loi, doivent les purger toutes, quel qu'en soit l'objet. Il y a cependant une différence relativement au mode d'extinction. Lorsque les hypothèques ont pour cause des créances simples, je veux dire, qui sont dues d'une manière absolue, elles ne disparaissent que par l'acquittement effectif; mais lorsqu'elles ont été soumises à une condition ou à un évènement, qui en rendent l'acquittement impossible, *actu*, alors elles sont détachées de l'immeuble par une collocation de sûreté, si je puis m'exprimer ainsi, qui rende cet acquittement certain, s'il doit s'opérer. Dans ce dernier cas, le paiement ne peut s'effectuer au moment de l'ordre; il s'effectue seulement dans la suite, selon l'accomplissement de la condition, ou selon l'évènement; et on peut dire qu'alors le paiement s'effectue, moins en vertu de l'hypothèque qui n'existe plus, qu'en vertu du droit qui est assuré au créancier sur le prix de la vente, déposé entre les mains d'un tiers, lequel forme la garantie de l'hypothèque, et la remplace.

[1] Voyez le recueil de Denevers, an 1815, pag. 76 et suiv., au suppl; an 1816, pag. 111, aussi au suppl.; an 1817, pag 434; an 1818, pag 611; an 1819, pag. 85 et 412. Voyez encore des arrêts particuliers sur cette matière, dans le même recueil, an 1810, pag. 165, au suppl.; Sirey, an 1809, 2e part., pag. 402; Denevers, an 1810, pag 41 et 105, au suppl.; an 1811, pag. 26 au suppl.; an 1814, à la table, aux mots *Rente constituée*, an 1819, pag 21 et 162

Ainsi, lorsqu'après la vente, il arrive une inscription pour une créance de la nature de celles dont je viens de parler, le vendeur doit faire cesser l'effet de cette inscription à l'égard de l'acquéreur en donnant caution pour la garantie de la créance, ou en faisant un emploi en fonds certain, qui en réponde. Si, après que l'acquéreur aura rempli les formalités pour parvenir à la purgation des hypothèques, il se présente d'autres créanciers inscrits, en ce cas, on ordonne, en faisant l'ordre, que les créanciers, postérieurs en hypothèque, toucheront ce qui leur sera dû, mais à la charge d'en rapporter le montant, s'il y a lieu, au créancier conditionnel ou casuel; et ces créanciers doivent donner bonne et suffisante caution, ou toutes autres sûretés, suivant ce qui est réglé par la justice, pour la restitution de ce qu'ils auront touché, selon l'évènement.

On ne conçoit pas qu'il puisse être pris, en ce cas, d'autres mesures : cela s'est pratiqué de tout temps. On trouve le principe de cette pratique dans la loi *Grege* 13, ff. *de pign. et hyp.*, § 5, *si sub conditione.* Elle reconnaît l'impossibilité d'acquitter la créance qui est seulement conditionnelle; elle ne veut cependant pas que le créancier soit privé de l'effet de l'action qui résulte de son hypothèque, mais elle prescrit d'y suppléer par des cautions qu'on est tenu de fournir. *Ideòque, arbitrio judicis, cautiones interponendæ sunt.* Telles sont les idées dans lesquelles a été conçu l'art. 16 de l'édit des criées de 1551, qui fut fait pour tâcher d'obvier aux difficultés dont la matière des hypothèques et des expropriations a toujours été susceptible. Il y est dit qu'il sera passé outre sur les oppositions (remplacées par les inscriptions), pour créances du genre de celles dont il s'agit, *à la charge que les opposans postérieurs seront tenus obliger et hypothéquer tous et chacun leurs biens, et bailler caution idoine et suffisante, de rendre et restituer les deniers qui par eux seront reçus, à l'opposant ou opposans, pour raison de ladite garantie, qui seraient trouvés être précédens en hypothèque auxdits opposans, auxquels la distribution aurait été faite.* Tel est aussi le sens dans lequel s'explique Domat, *Lois civiles*, dans une note, à la suite du n° 17, *liv.* 3, *titre* 1er, *sect.* 3.

Je crois donc pouvoir donner pour règle, que toutes les formes prescrites par la loi pour la purgation des hypothèques, étant observées, les hypothèques des créances qui, de leur nature, ne sont point remboursables, sont purgées par la collocation à l'ordre, quoique non suivies de paiement effectif, *actu*, mais dont l'effet est assuré par toutes les précautions suffisantes, comme les hypothèques pour créances exigibles le sont par le paiement qui a eu lieu en conséquence de la collocation. Cette règle tend à simplifier notre régime hypothécaire.

188. La suite des matières que j'ai traitées jusqu'à présent n'a guère été susceptible d'une explication sur la réduction de l'hypothèque conventionnelle. Je dois en dire un mot avant de terminer ce §.

Il est sans difficulté que le débiteur ne peut pas demander la réduction de l'hypothèque conventionnelle qu'il a donnée. L'art. 2161 du Code permet bien la réduction pour les hypothèques générales, mais il en excepte formellement les hypothèques conventionnelles. On sent facilement que le législateur a eu pour motif que la convention des parties, qui fait leur loi, ne peut être violée.

J'ai cependant eu occasion d'indiquer quelques cas dans lesquels la réduction de l'hypothèque peut être demandée quoiqu'elle prenne son principe dans la convention. Mais il s'agissait alors d'exceptions auxquelles donnaient lieu des circonstances particulières; et je suis ici sur la règle générale.

189. Quelques personnes avaient pensé d'abord que le débiteur pouvait demander la réduction d'une hypothèque conventionnelle, donnée avant la promulgation de la loi de brumaire, et qui, d'après les lois du temps, était générale. On se fondait sur ce qu'une semblable hypothèque, quoique conventionnelle, était générale, et que l'art. 2161, en exceptant de la

faculté de la réduction les hypothèques conventionnelles, avait entendu celles qui seraient stipulées à l'avenir, c'est-à-dire, les hypothèques spéciales; et que la faculté de la réduction ayant été introduite par ce même article pour les hypothèques générales, cette disposition devait s'appliquer à l'hypothèque ancienne qui était générale, quoique conventionnelle.

Mais cette prétention ne pouvait se soutenir. Avant les nouvelles lois hypothécaires, il n'était pas question de réduction d'hypothèque, et on n'aurait pu la demander. L'hypothèque conventionnelle, avec son attribut de généralité, s'était conservée dans son essence, franche de toute faculté de réclamer la réduction. Comment donc pourrait-on exercer un droit tendant à la diminuer en vertu du Code civil? Il est sensible que ce serait lui donner un effet rétroactif, ce qui ne se peut. C'est aussi ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour royale d'Agen, du 4 fructidor an 13, et par un autre de la Cour royale de Caen, du 16 février 1808. Le premier est rapporté dans le recueil de Denevers, *an* 1806, *pag.* 198, *suppl.*; le second dans le même recueil, *an* 1809, *pag.* 40, et par Sirey, *an* 1809, 2e *part.*, *pag.* 29.

190. On a vu présenter le cas où, à la suite d'une hypothèque légale ou générale, constituée avant le Code civil, il survenait un acte par lequel on transigeait sur la créance ancienne qui était modifiée. Il faudrait alors distinguer si la transaction était telle, qu'il y eût novation à l'exécution de l'ancien acte, et à l'hypothèque ancienne; en sorte que, par le nouvel acte ou traité qui serait passé sous le Code civil, il fût établi une nouvelle hypothèque restreinte sur certains immeubles, et qui serait par conséquent spéciale; alors il est bien évident que l'hypothèque aurait perdu le caractère d'hypothèque légale ou générale qu'elle avait auparavant, qu'elle deviendrait purement conventionnelle et spéciale; et dès lors, il ne pourrait être question de réduction pour cette hypothèque. Mais si, d'après la résultat du nouvel acte ou traité, l'hypothèque ancienne, soit légale, soit simplement générale, n'était pas innovée, et surtout si, par la transaction, le débiteur consentait une hypothèque générale sur ses biens présens et à venir pour l'exécution de cette transaction, dans ce cas, il faudrait toujours voir, malgré le nouvel acte, la même hypothèque qui existait anciennement. Il n'y aurait de différence que sur le montant de la créance qui pourrait être augmenté ou diminué, et dès lors, d'après les principes ci-dessus exposés, le débiteur ne pourrait point réclamer la réduction de l'hypothèque. La différence du montant de la créance n'en amènerait pas une sur le droit de demander la réduction.

Cependant, on remarque dans le recueil de Denevers, *an* 1806, *pag.* 200, *au suppl.*, un arrêt de la Cour royale d'Aix, du 11 fructidor an 12, qui semblerait avoir jugé le contraire, et qui, quoiqu'il n'y eût point de novation relativement à l'hypothèque, a accordé la faculté de la faire réduire. Mais j'aurais de la peine à me rendre à cette décision; elle fait au moins beaucoup de difficultés. On peut, au surplus, consulter l'arrêt et peser les motifs.

Lorsque je m'occuperai de l'hypothèque légale, j'examinerai si les hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits, constituées avant le Code civil, pourraient être réduites sur la demande qui en serait faite, d'après les principes admis par le Code civil pour les mêmes hypothèques établies, ce Code étant en vigueur.

CHAPITRE II.

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

191. Je diviserai ce chapitre en deux paragraphes. Dans le premier, je traiterai des hypothèques qui sont imprimées par des jugemens qui émanent des tribunaux français, ou des décisions arbitrales rendues en France.

Dans le second, j'expliquerai la jurisprudence relative à l'hypothèque qui peut résulter des jugemens des tribunaux étrangers, ou de décisions arbitrales, rendues par des arbitres choisis en pays étranger.

§ Ier.

Des hypothèques qui émanent de jugemens rendus par des tribunaux français, ou de décisions arbitrales rendues en France.

SOMMAIRE.

192. *De l'hypothèque judiciaire dans le droit romain et dans le droit français.*
193. *Effet de la généralité de l'hypothèque judiciaire, quant à la forme sous laquelle elle peut être inscrite.*
194. *Peut-on prendre inscription en vertu des jugemens avant leur signification à avoué, ou à personne ou domicile?*
195. *Du cas d'un jugement par défaut sur une demande en reconnaissance d'écriture d'une promesse sous seing privé. Du cas de la dénégation d'écriture.*
196. *Du cas de l'appel du jugement, et de celui de l'opposition.*
197. *De l'influence de l'incompétence du tribunal qui aurait prononcé la condamnation, ou qui aurait tenu la promesse pour reconnue.*
198. *Quand peut-on demander la reconnaissance d'une promesse avant le terme de l'échéance?*
199. *Des lettres de change et effets de commerce faits avec échéance à termes.*
200. *Résulte-t-il une hypothèque judiciaire d'une adjudication faite sur enchères, de l'autorité d'un tribunal ou d'un commissaire du tribunal?*
201. *Il y a hypothèque judiciaire, quoique les condamnations portées par le jugement soient indéterminées.*
202. *Quels sont les actes qui émanent des juges de paix, qui peuvent être considérés comme jugemens emportant hypothèque?*
203. *De l'hypothèque qui émane des décisions arbitrales.*
204. *L'inscription qui est prise en vertu de l'hypothèque générale suit tous les biens qui arrivent dans la suite au débiteur, quoiqu'il cesse de les posséder.*
205. *Du cas du mariage du débiteur.*
206. *Lorsqu'un débiteur, soumis à une hypothèque générale, donne en échange un héritage grevé de cette*

hypothèque, cet héritage et celui qu'il reçoit en contre-échange, demeurent-ils simultanément grevés de cette hypothèque générale?

192 Pour peu que l'on connaisse les antiquités romaines sur les hypothèques, on est convaincu de la vérité de ce que dit Basnage, *des hypothèques, chap. 4 n° 3* : « Que les jurisconsultes romains avaient admis quatre espèces d'hypothèques : la conventionnelle, qui procédait de la convention des parties; la légale, qui était introduite par la loi, et que par cette raison on appelait aussi tacite; le gage du prêteur, qui était lorsque par la contumace ou la fuite du débiteur, son créancier était envoyé en la possession de ses biens; et le gage judiciaire, qui était lorsqu'en vertu d'une sentence et pour l'exécution d'icelle, le créancier se faisait envoyer en la possession des biens de celui qu'il avait fait condamner, afin d'être payé de ce qui lui était dû. De ces quatre espèces d'hypothèques, ajoute l'auteur, nous n'en avons retenu que trois, le gage judiciaire contenant celui du prêteur. »

Mornac, sur la loi 26, ff. *de pign. act.*, assimile le gage prétorien ou judiciaire à la saisie réelle. *Vernaculo nostro forensi dixerimus* NUNC SAISIE RÉELLE. Un auteur bien plus moderne, mais dont l'opinion est toujours d'un grand poids, se rapproche de cette idée, *Rép. de jurisp.*, au mot *Hypothèque*, sect. 1re, § 6, n° 1. L'hypothèque judiciaire, dit-il, est purement de notre droit français; *elle était inconnue dans le droit romain*; car il ne faut pas la confondre avec le gage judiciaire qui est reçu parmi nous. Le gage judiciaire ne s'acquérait, dans le droit romain, que par la saisie des biens du débiteur, faite par un exécuteur ou un appariteur que le magistrat commettait à cet effet. On entend de même parmi nous, continue-t-il, par gage judiciaire, les immeubles saisis réellement, à l'administration desquels il a été établi un commissaire, et dont il a été fait des baux en justice. Les meubles deviennent de même, par la saisie et l'établissement du gardien, un gage judiciaire.

Mais ces propositions ne sont pas parfaitement exactes. Le gage prétorien fut fondu dans le gage judiciaire, parce que l'un et l'autre émanaient de l'autorité du juge. L'auteur de la glose sur la loi 2, au Code *de prætor. pign.*, le dit en un latin plus expressif qu'élégant : *Largo mode utrumque posse dici judiciale, cùm utrumque ipsorum detur à judice*. Il y avait dans le principe quelques différences entre l'un et l'autre, dont l'explication serait plus curieuse qu'utile. Toujours est-il vrai que le *pignus judiciale* dans lequel fut compris dans la suite le *pignus prætorium*, et qui ne pouvait avoir lieu sans une sentence préalable de condamnation, était proprement une hypothèque judiciaire. On ne peut en douter d'après les lois 1re et 2e, au Code *de prætorio pignore*, et d'après la loi 1re, *si in causa jud.* On sait que dans le droit romain les mots *pignus* et *hypotheca* étaient devenus synonymes : *Inter pignus et hypothecam (quantùm ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest*, est-il dit dans les Institutes, liv. 4, tit. 6; § 7. Aussi Justinien, dans les lois que je viens d'indiquer, présente le gage judiciaire comme une véritable hypothèque qu'il rapproche de l'hypothèque conventionnelle. *Veteris juris dubitationem decidentes ad duplum genus* HYPOTHECARUM *respeximus, unum quidem quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud quod à judicibus datur, et prætorium nuncupatur*. Ce qu'il y a de remarquable pour se bien pénétrer de l'esprit du droit romain, c'est ce que dit encore le même empereur, que l'hypothèque judiciaire a eu pour objet de suppléer, en faveur du créancier, l'obligation volontaire à laquelle le débiteur se serait refusé par un sentiment d'injustice. *Nam invicem justæ obligationis, succedit ex causa contractus auctoritas jubentis*. Et telle est encore la véritable idée qu'on doit se former, dans le droit français, de l'hypothèque judiciaire. Cette hypothèque a donc été toute autre chose que la vente par suite de saisie réelle, pour laquelle il y a d'autres titres dans le droit romain. Il s'agissait alors d'en venir à la vente des objets hy-

pothéqués, laquelle était le but de toute hypothèque, lorsque l'acquéreur ne se libérait pas. C'était alors le *jus distrahendi pignoris, si debitor frustretur neque pignus luat.*

Sans doute, pour qu'il y eût hypothèque judiciaire, ou *pignus judiciale*, il fallait une dépossession du débiteur, et une mise en possession, de la part du créancier, en vertu de l'ordonnance du juge : *Sciendum est, ubi jussu magistratûs pignus constituitur, non aliàs pignus constitui, nisi ventum fuerit in possessionem,* dit la loi 26, ff. *de pign. act.* Jusqu'à ce qu'il y eût une mise en possession, ordonnée par le juge en faveur du créancier, et effectuée, le jugement de condamnation ne donnait qu'une action personnelle appelée en droit *in factum vel ex judicato*, ainsi que l'ont remarqué, d'après des textes de droit romain, Néron et Girard, aunotateurs de l'ordonnance de Moulins, sur l'article 53. Mais cette dépossession n'était qu'une forme au moyen de laquelle l'hypothèque judiciaire était légalement constituée. Cela n'était pas étonnant, puisqu'ainsi que je l'ai dit dans le discours préliminaire, l'hypothèque ne se formait anciennement que par une tradition vraie ou feinte, qui tenait à ce qui existait sous le nom de *mancipatio*, et que, dans des temps bien postérieurs, le débiteur, pour mieux assurer l'hypothèque conventionnelle, se dépossédait de l'objet hypothéqué en faveur du créancier, qui se retenait les fonds si le paiement n'arrivait pas dans le temps convenu.

Le *pignus prætorium* ou *judiciale* était si bien uno hypothèque judiciaire, que, dans le concours d'un créancier qui avait simplement obtenu une sentence de condamnation avec un autre créancier qui serait allé plus loin, et qui aurait obtenu la mise en possession des biens du débiteur, ce dernier était préféré. *Similiter in concursu pignorum judicialium, non qui prior sententiam obtinuit, utiquè potior est; sed is qui prior ex judicati causa pignus accepit, quoniam sibi vigilavit.* Ce n'est pas tout : si plusieurs créanciers avaient obtenu en même temps l'envoi en possession des biens d'un débiteur, ils venaient tous par concurrence : *Similiter cùm multi creditores rei servendæ causa in possessionem mittuntur, per idemque est jus omnium.* C'est ce que dit Hotman, d'après une foule de textes du droit romain, dans son commentaire sur le titre du Digeste, *qui pot. in ping., pag.* 82 *et* 83, *édit. in*-12 *de* 1576. On conçoit les mêmes idées à la lecture des Pandectes de Pothier, *lib.* 20, *pag.* 556, *n°* 2, et *pag.* 571, *art.* 2. On les retrouve encore dans plusieurs passages de Néguzantius.

Ainsi, la différence qu'il y a entre le droit romain et le droit français, relativement à l'hypothèque judidiaire, consiste en ce qu'en France le jugement do condamnation suffit pour imprimer l'hypothèque, sans qu'il soit besoin, comme dans le droit romain, d'exécution et d'appréhension de fait. C'est ce qui fut établi par l'art. 53 de l'ordonnance de Moulins, de 1566; qui fit cesser les anciens usages qui émanaient du droit romain, et qui apporta un grand changement, en cette partie, dans notre législation.

Une seconde différence non moins essentielle est que, dans le droit romain, l'hypothèque judiciaire était toujours spéciale : elle ne pouvait frapper que les immeubles dont la mise en possession était ordonnée. On sent que cela tenait à la nature des formes dont je viens de parler. Cette restriction de spécialité avait lieu lors même que, dans le droit romain, l'hypothèque conventionnelle était générale, quand il fut admis qu'elle pouvait être formée, *nudo consensu*, sans les anciennes formalités qu'on y laissa tomber en désuétude; au lieu qu'en France, depuis l'ordonnance de Moulins, l'hypothèque judiciaire a toujours été générale, c'est-à-dire qu'elle a toujours embrassé les biens présens et à venir.

On peut rapprocher les formes du nantissement qui avait lieu dans la Belgique et dans quelques Coutumes de France, des formes relatives à l'envoi en possession, dans le droit romain, pour l'hypothèque judiciaire. Ce rapprochement se fait bien plus naturellement, et d'une

manière plus propre à l'intelligence du régime hypothécaire, que celui qui a été fait par Mornac, du gage prétorien ou judiciaire à la saisie réelle. Le nantissement n'était au fond qu'un envoi en possession de l'objet hypothéqué, fait par fiction. Étant constaté sur des registres publics, il en résultait la publicité de l'hypothèque qui, parmi nous, s'opère par l'inscription, qui est une formalité bien plus simple.

193. Il devenait nécessaire de laisser, dans la législation nouvelle, à l'hypothèque judiciaire, le caractère de généralité qu'elle a toujours eu. L'hypothèque spéciale est plus avantageuse au débiteur; mais il a à s'imputer de n'avoir pas satisfait aux engagemens qu'il avait contractés sans prendre la précaution d'en circonscrire l'hypothèque. Tout ce qu'on a pu faire dans l'intérêt des tiers, et c'est un grand avantage pour eux, a été de soumettre cette hypothèque judiciaire à la publicité par la voie de l'inscription.

Mais le caractère de généralité, laissé à l'hypothèque judiciaire, n'a-t-il pas dû introduire une différence dans le mode d'inscription de cette hypothèque? Il est dit, dans l'art. 2123 du Code, que cette hypothèque peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur *et sur ceux qu'il pourra acquérir*. De ces termes est née la question de savoir si le créancier peut, par une seule inscription, grever tout à la fois non seulement les immeubles qui appartiennent alors au débiteur, dans l'arrondissement au bureau duquel l'inscription est prise, mais encore tous ceux qui lui appartiendront dans la suite, et qui seront situés dans le même arrondissement; si, en un mot, on peut agir comme on ferait pour une hypothèque légale, ou si relativement aux biens à venir, l'inscription doit nécessairement être prise successivement et à mesure des acquisitions qui seraient faites de ces biens par le bébiteur, ou à mesure qu'ils lui écherraient par succession ou autrement. La question n'était pas sans difficulté: aussi ai-je remarqué que les personnes qui ont traité la matière, ont été divisées sur la solution.

Cependant, en se pénétrant de l'esprit de la législation, qui se puise dans plusieurs articles du Code, on est convaincu que le législateur a entendu que tous les biens présens et à venir du débiteur ont pu être grevés simultanément, dans chaque arrondissement, par une seule inscription. Cette opinion se fonde sur ce que l'hypothèque judiciaire a un caractère bien déterminé *d'hypothèque générale*. Ce caractère de généralité résulte d'abord des termes mêmes de l'art. 2123: « *Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur, et sur ceux qu'il pourra acquérir.* » Il est impossible de ne pas voir là une impression d'hypothèque, qui se forme, à l'instant du jugement, sur tous les biens quelconques, tant sur les biens présens que sur ceux à venir. Cette généralité se puise encore dans les termes de l'article 2148, § 5. Après y avoir dit que l'inscription contiendra l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels le créancier entend conserver son privilége ou son hypothèque, il y est dit, par forme d'exception: « Cette dernière dispostion n'est pas nécessaire « dans le cas des hypothèques *légales ou* « *judiciaires*. A défaut de convention, « une seule inscription, pour les hypothè- « ques, frappe tous les immeubles compris « dans l'arrondissement du bureau. » Cet article prouve que, dans la pensée du législateur, l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque légale sont absolument assimilées; au moins sous le rapport de la comprise, soit dans l'hypothèque, soit dans l'inscription, de tous les biens présens et à venir. Enfin, à quoi bon obliger le créancier à ne prendre des inscriptions qu'à mesure que les biens écherraient au débiteur? pourquoi l'assujettir à une surveillance pénible et accompagnée de dangers? pourquoi l'exposer à devenir victime de l'adresse de créanciers qui pourraient même lui être postérieurs en hypothèque, et qui, se tenant plus alertes sur les opérations du débiteur, ou sur les successions qui lui écherraient, ob

tiendraient une préférence injuste, par une inscription antérieure, surtout s'ils habitoient le lieu du domicile du débiteur, et si le premier créancier en était éloigné? De ce qu'une seule inscription greverait tout à la fois les biens présens et à venir du débiteur, les tiers ne peuvent en souffrir : il suffit, pour leur intérêt, que l'inscription leur apprenne que tous les biens à l'occasion desquels ils voudraient traiter, ont été frappés de l'hypothèque.

Ce qui embarrassait sur la solution, c'est qu'on opposait qu'il en serait de même dans le cas de l'art. 2130. L'article 2129 prescrit les règles de la spécialité pour l'hypothèque conventionnelle; il se termine par ces termes : *Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués.* Il est ensuite dit dans l'art. 2130, que, néanmoins, si les biens présens et libres du débiteur sont insuffisans, pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, y demeure affecté à mesure des acquisitions.

Mais la comparaison qu'on ferait de cette stipulation d'hypothèque à l'hypothèque judiciaire ne pourrait se soutenir[1].

En premier lieu, la stipulation de l'hypothèque des biens que le débiteur pourrait acquérir dans la suite, est une dépendance de l'hypothèque conventionnelle, et, par conséquent, spéciale; elle a donc dû être soumise aux mêmes règles que l'hypothèque spéciale, au moins en ce qui concerne l'inscription.

En second lieu, la nécessité de l'inscription, à mesure qu'il échoit des biens postérieurement à l'obligation, résulte de ce qu'il est dit dans l'article 2130, que le débiteur pourra consentir que *chacun* des biens qu'il acquerra par la suite, demeure affecté *à mesure des acquisitions.* La loi ne pouvait pas dire plus énergiquement, que, quoique l'hypothèque résulte de l'obligation, elle ne s'appliquera néanmoins aux biens à venir, et partiellement, qu'à chaque moment où ils écherront au débiteur. La différence qui existe entre ces termes et ceux des art. 2123 et 2148, ci-dessus rapportés, est si grande, que cette différence suffirait seule pour établir une décision contraire. Cette différence est une preuve incontestable que l'hypothèque judiciaire a un caractère de généralité que n'a pas la stipulation d'hypothèque sur les biens à venir, particulièrement tolérée dans l'art. 2130.

Il faut bien convenir que l'art. 2161, qui prescrit le mode de l'action en réduction des hypothèques, dans le cas d'excès de la valeur des biens, comparativement à ce qui est dû, peut s'appliquer au cas prévu par l'article 2130, comme à l'hypothèque judiciaire. Il y est dit : « Toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier qui, d'après la loi, aurait droit d'en prendre *sur les biens présens ou sur les biens à venir* d'un débiteur, sans limitation, seront portées sur plus, etc. » Et dans le cas de l'art. 2130, comme dans celui de l'hypothèque judiciaire, le créancier a droit de s'inscrire sur les biens présens et sur les biens à venir. Mais de ce que la règle de la réduction est commune à ces deux sortes d'hypothèques, il ne saurait s'en tirer la conséquence d'une identité de principes, pour en conclure que, dans les deux cas, une première inscription puisse grever simultanément les biens présens et à venir. Cette faculté ne concerne que l'hypothèque judiciaire, et elle est étrangère à l'hypothèque stipulée dans le cas prévu par l'art. 2130.

Enfin, la question a été jugée en thèse, par rapport à l'hypothèque judiciaire, par un arrêt de la Cour de cassation, section civile, du 3 août 1819, *Denev., an* 1819, *pag.* 561. Il a consacré l'opinion qu'une seule inscription, prise par le créancier qui a une hypotèque judiciaire, peut comprendre, avec effet, tous les biens présens et à venir, qui sont dans l'arrondissement d'un même bureau, et qu'il n'a pas été dans le vœu de la loi, qu'il y eût, dans ce cas, des inscriptions successives, au fur et à mesure des acquisitions nouvelles que pourrait faire le débiteur. Je me contente de renvoyer aux motifs de

[1] Voyez le n° 62.

l'arrêt, qui renforcent les principes que j'avais exposés avant d'en avoir eu connaissance. Il y a lieu de penser qu'on ne verra plus élever la question.

194. Suivant l'art. 11 du titre 35 de l'ordonnance de 1667, lorsqu'il était question d'arrêts et sentences contradictoires, rendus à l'audience, ils avaient leur effet, relativement à l'hypothèque, du jour où ils étaient rendus, quoiqu'ils n'eussent point été signifiés. Par rapport à ceux donnés par défaut à l'audience, ainsi que pour ceux rendus sur procès par écrit (qui alors se rendaient en la Chambre du conseil), ils n'avaient leur effet, toujours en ce qui concerne l'hypothèque, que du jour qu'ils avaient été signifiés à procureur. Quelques ordonnances plus anciennes s'étaient expliquées à cet égard, mais avec moins de précision, au moins quant à la date de l'hypothèque que devaient produire les jugemens par défaut; en sorte que je crois qu'il est inutile d'y remonter. L'art. 53 de l'ordonnance de Moulins voulait seulement que, du jour de la condamnation donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, le droit d'hypothèque fût acquis sur les biens du condamné. On peut voir, au surplus, ce qui a été dit par Rodier, sur l'art. 11 de l'ordonnance de 1667, ci-dessus cité, et sur l'art. 17 du titre 27.

Les principes, à cet égard, ne sont plus les mêmes; ils sont au moins bien différens de deux admis par l'ordonnance de 1667. Ces changemens résultent de ce que, sous notre législation, l'hypothèque ne prenant rang que du jour de l'inscription, il a fallu donner à un créancier des moyens de ne pas devenir victime de la mauvaise foi d'un débiteur qui aurait pu employer des mesures frauduleuses pour faire retarder une inscription, et rendre une condamnation sans effet. Aussi l'article 2123 est conçu bien différemment. « L'hypothèque judiciaire, y est-il dit, résulte des jugemens, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. » Ainsi, d'après une disposition aussi absolue, l'hypothèque émane des seuls jugemens. La loi n'impose aucune condition pour que l'hypothèque ait lieu; elle garde le silence sur la signification, soit à avoué, soit à personne ou domicile. On pouvait faire le même raisonnement sur l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an 7, qui disait simplement : « L'hypothèque existe pour une créance résultante d'une condamnation judiciaire. »

Des textes aussi précis ne peuvent permettre d'élever aucune difficulté. Il est bien dit dans l'art. 147 du Code de procédure civile : « S'il y a avoué en cause, le jugement ne pourra être exécuté qu'après avoir été signifié à avoué, *à peine de nullité*. Les jugemens provisoires et définitifs, qui prononcent des condamnations, seront en outre signifiés à la partie, à personne ou domicile; et il sera fait mention de la signification à l'avoué. » Il est encore dit, dans l'art. 155, que les jugemens par défaut ne seront pas exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification à avoué, s'il y a eu constitution d'avoué; et de la signification à personne ou domicile, s'il n'y a pas eu constitution d'avoué. Mais on ne pourrait induire de la disposition de ces articles, qu'on ne peut prendre inscription en vertu d'un jugement, soit par défaut, soit provisoire, soit définitif, avant qu'il soit signifié ou à avoué, ou à personne ou domicile. Une inscription n'est certainement pas une exécution du jugement, dans le sens de ces art. 147 et 155 du Code. On doit entendre par exécution d'un jugement, des actes de contrainte, exercés contre le condamné, tels que saisie mobilière, saisie immobilière ou emprisonnement. Mais une inscription est un acte purement conservatoire. Il a ce caractère par sa nature : on le lui voit donner, dans toutes les occasions, par les arrêts. Un arrêt de la Cour royale de Paris, du 23 août 1818, *Sirey, an* 1809, *pag.* 12, 2ᵉ, *part.*, a jugé dans le sens qu'une inscription était *un acte conservatoire*, et qu'elle avait pu être prise par un émigré rayé provisoirement. Un autre arrêt de la Cour de cassation, du 5 septembre 1810, *Denevers*, *an* 1810,

pag. 513, a décidé formellement qu'une inscription n'est en soi *qu'une mesure purement conservatoire.* L'inscription acquiert bien, à la vérité, au créancier qui la prend, un avantage qui n'existe pas encore; mais cet avantage n'est pas l'hypothèque, c'est seulement l'efficacité de l'hypothèque; et l'objet qu'il s'agit de conserver est tel, qu'il deviendrait absolument nul, s'il dépendait d'un débiteur d'empêcher le seul moyen de le conserver. Ce débiteur est, d'ailleurs, de mauvaise foi, lorsqu'il veut, par un appel dont le sort est incertain, anéantir provisoirement un droit foudé sur un acte judiciaire qui existe certainement, quoique cet acte ne soit pas irréfragable.

Aussi, la Cour de cassation a rendu, le 21 mai 1811, *Denevers, même année, pag.* 288, un arrêt par lequel il a été jugé, sous la loi de brumaire, qu'on avait pu prendre une inscription en vertu de jugemens par défaut, même avant qu'ils eussent été signifiés. On trouve dans le même recueil, *an* 1812, *pag.* 31, *suppl.*, un arrêt de la Cour royale de Besançon, du 12 août de la même année 1811, qui est conforme. Il a été rendu sous le Code civil; les principes sont les mêmes. Les discussions qui précèdent ces arrêts, n'apprennent pas qu'on eût fait valoir l'objection tirée des dispositions des art. 147 et 155 du Code de procédure. Mais j'ai vu cette objection ailleurs. Je la remarque encore dans des observations faites par l'auteur du recueil, à la suite de l'arrêt; et j'ai cru utile d'ajouter de nouveaux moyens aux réflexions par lesquelles il la combat.

Mais, pour prendre une inscription, il faut que le jugement soit enregistré et expédié. On ne conçoit même pas que, sans l'enregistrement et l'expédition, le conservateur des hypothèques reçût le bordereau, et fît l'inscription.

195. Les principes sont les mêmes dans le cas d'un jugement qui tient une promesse pour reconnue. Le jugement contradictoire ou par défaut donne l'hypothèque du jour de sa date, et sans que, pour cela, il soit besoin d'aucune signification; en sorte que l'inscription peut être prise avant la signification.

Un arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1809, rapporté par Sirey, *même année, part.* 1re, *pag.* 134, et par Denevers, *pag.* 83, a bien décidé qu'un jugement par défaut, portant qu'une écriture sur billet était tenue pour reconnue, ne portait hypothèque que du jour de la signification; mais il est important de remarquer que l'affaire sur laquelle l'arrêt fut rendu, avait pris naissance sous l'empire de l'ordonnance de 1667, et la Cour de cassation crut, et avec raison, devoir se décider sur la question, d'après les principes de cette ordonnance, dont j'ai rapporté les dispositions au n° précédent. Ce qui prouve que la question eût été décidée différemment, s'il se fût agi d'un jugement rendu sous le Code civil, et même sous la loi de brumaire an 7, conçu dans les mêmes principes, c'est un des motifs de l'arrêt du 5 septembre 1810, que je viens de citer. Il y est dit : « Attendu que les jugemens rapportés par les sieurs Jean et André Cornu, contre le sieur Lane de Vareilles, sont postérieurs à la loi du 11 brumaire an 7. »

Je dois remarquer que, suivant l'art. 92 de l'ordonnance de 1539, l'hypothèque prenait date, dans le cas dont il s'agit, du jour de la sentence par défaut, comme si la *scédule* eût été confessée. Cet article ne faisait pas dépendre l'hypothèque de la signification sur laquelle il gardait le silence; mais la Cour de cassation pensa, ainsi que l'avait fait la Cour royale de Riom, qui avait rendu l'arrêt contre lequel on s'était pourvu, que l'ordonnance de 1667, *art.* 11 *du tit.* 35, avait dérogé à l'ordonnance de 1539. L'arrêt fut encore rendu dans le sens que cet article de l'ordonnance de 1667 portait indistinctement sur le cas d'un jugement par défaut, qui aurait ordonné que la promesse était tenue pour reconnue, comme sur un jugement qui eût prononcé une condamnation. Ainsi d'après la disposition absolue de l'art. 2123 du Code civil, le jugement par défaut, qui tiendrait la prommesse pour reconnue, comme celui qui constaterait contradic-

toirement la reconnaissance, confère hypothèque à l'instant; et l'inscription peut être prise sans attendre la signification.

Mais lorsque le débiteur dénie la signature qui lui est attribuée, ce qui est le cas prévu par l'art. 195 du Code de procédure, alors il devient impossible de prendre une inscription, ou au moins cette inscription ne pourrait être prise que du moment où la signature serait reconnue pour véritable, aux termes de l'art. 213, par suite des procédures prescrites, dans ce cas, par l'art. 195 et par les suivans. On peut tirer l'induction qu'en cas de désaveu, l'hypothèque ne prend naissance qu'au résultat de la vérification, de ces termes de l'art. 2123 du Code civil : « Elle (l'hypothèque) résulte aussi des reconnaissances *ou vérifications* faites en jugement des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. » La date de la vérification, qui suppose un désaveu, n'est pas la même chose que la date de la reconnaissance.

Il était dit dans l'art. 93 de l'ordonnance de 1539 : « Si aucun est adjourné en connaissance de scédule, compare ou conteste déniant sa scédule, et si, par après, est prouvée par le créancier, l'hypothèque courra et aura lieu *du jour de ladite négation et contestation.* » C'est aussi ce qui s'est pratiqué jusqu'à la loi de brumaire an 7. Mais depuis, et sous le Code civil, cet article de l'ordonnance de 1539 n'a pu recevoir d'application, L'inscription ne peut être prise qu'autant que l'hypothèque la précède; et pour qu'il y ait une hypothèque, il doit y avoir un titre, n'importe que l'effet de ce titre puisse être révoqué dans la suite. Or, dans le cas de la dénégation de l'écriture ou de la signature apposée à un billet, il n'y a point de titre ni provisoirement, ni définitivement. Cette résolution est le résultat de la différence qui existe entre l'hypothèque occutle et l'hypothèque publique

Ce qui vient d'être dit s'applique au cas d'un billet souscrit par un défunt, et dont le paiement est réclamé contre ses héritiers. On voit, dans les art. 1322, 1323 et 1324 du Code civil, les différences qui existent entre le cas où l'on fait assigner, en reconnaissance d'écriture ou signature, celui même que l'on prétend être l'auteur de la promesse sous seing privé, et le cas où la reconnaissance est demandée aux héritiers de ce dernier. Si les héritiers avouent l'écriture et signature, il y aura une hypothèque sur les biens personnels de ces héritiers, et même sur les biens du défunt [1]. S'il y a un désaveu de la part des héritiers, on sent que toute hypothèque est suspendue, comme dans le cas du désaveu de celui même qu'on prétendrait être l'auteur de la promesse.

Il est dit, dans l'art. 1323, que celui auquel on oppose un acte sous seing privé, est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature, et que ses héritiers ou ayans-cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur. Dans le cas de cette déclaration, comme dans le cas du désaveu de la part de l'auteur de la promesse, la vérification doit en être ordonnée, d'après l'art. 1324. On sent facilement la raison de cette différence. On connaît sa propre signature, on doit la reconnaître ou la désavouer : au lieu qu'on peut de bonne foi ne pas connaître celle de ses auteurs.

Cependant, on ne doit pas toujours prendre à la lettre les termes dans lesquels les héritiers sont tenus de s'expliquer d'après la loi. Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles les tribunaux pourraient, comme à l'égard de celui qu'on dirait avoir signé la promesse, ordonner que, dans un délai, des héritiers seraient tenus de déclarer s'ils reconnaissent les écriture et signature d'une

[1] Il faut cependant remarquer que cette hypothèque sur les biens du défunt ne pourrait avoir lieu au préjudice des créanciers du défunt, ou des légataires qui pourraient demander la séparation du patrimoine du débiteur décédé, d'avec celui de ses héritiers. Voyez ce que je dis, partie 2e, chapitre 1er, section 3, § 6, sur cette séparation de patrimoines.

promesse, qu'on prétendrait avoir été apposée par leur auteur, et n'ordonner la vérification que faute par les héritiers de s'expliquer. Cela arriverait, par exemple, si, dans le cours d'une instance, il y eût eu quelque tergiversation de la part des héritiers; s'ils avaient laissé entrevoir qu'ils reconnaissaient que l'écriture ou signature fût du fait de leur auteur. Un arrêt de la Cour de cassation, du 17 mai 1808, a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour royale de Paris, qui avait ordonné une déclaration, à l'égard d'héritiers, dans les termes que j'ai déjà rapportés. Je me borne à renvoyer à l'arrêt, s'agissant de circonstances particulières, pour lesquelles je le cite comme exemple. Voyez *Denevers*, *an* 1808, *pag.* 357.

196. L'ordonnance de Moulins fut amendée par une déclaration rendue, sur les remontrances du parlement de Paris, le 10 juillet 1566. Par l'art. 11 de cette déclaration, porté en interprétation de l'art. 53 de cette ordonnance, il fut dit : « L'hypothèque sur les biens du condamné aura lieu et effet du jour de la sentence, *si elle est confirmée par arrêt*, ou que d'icelle n'y ait appel. » Cette disposition est évidemment juste, et elle se concilie parfaitement avec notre législation, surtout d'après tout ce qui vient d'être dit. Ainsi l'inscription peut être prise malgré l'appel, sauf à en demander, dans la suite, s'il y a lieu, la radiation ou la restriction. Cela se pratique journellement, et cette radiation ou cette restriction sont ordonnées par la Cour d'appel, quand on y conclut. Cette demande évite une assignation et un nouveau jugement, afin de les faire prononcer.

Quelques auteurs avaient élevé, à ce sujet, une difficulté vraiment étonnante. Ils prétendaient que lorsque le jugement était réformé en une partie des sommes dont la condamnation était prononcée, l'hypothèque, pour le restant de la condamnation, cessait de remonter au premier jugement, et ne prenait date que du jugement ou de l'arrêt rendu sur l'appel. M. Maleville, sur l'art. 2123 du Code civil, et M. Persil, *Rég. hypoth.*, sur le même article, n° 2, se sont élevés contre cette opinion. J'ajoute qu'elle a été aussi repoussée par Pothier, *Introd. au tit.* 20 *de la Cout. d'Orléans*, *n°* 17. Il est impossible de ne pas adopter cet avis. L'inscription qui aurait été prise en vertu du jugement, devrait donc conserver son effet jusqu'à concurrence de ce qui resterait dû d'après la réduction ordonnée sur l'appel. On ne concevrait pas que le titre subsistant pour une partie, il n'en fût pas de même de l'inscription qui en est un accessoire.

Ce qui vient d'être dit pour le cas de l'appel, doit égalment être suivi pour celui de l'opposition; il y a même raison. Mais il y a une remarque essentielle à faire à ce sujet : c'est que l'art. 156 du Code de procédure veut que les jugemens par défaut, rendus contre des parties qui n'auront pas constitué d'avoué, soient signifiés avec des formalités particulières; et il est ajouté que les jugemens seront exécutés dans les six mois de leur obtention, *sinon seront réputés non avenus.* L'art. 159 fixe le mode légal d'exécution. Il s'est élevé la question de savoir si cet art. 156 pourrait être appliqué au cas d'un jugement par défaut, qui tient une promesse sous seing privé pour reconnue. Celui qui l'avait obtenu, et auquel on opposait la péremption du jugement par le défaut d'exécution dans les six mois, disait que l'art. 156 était étranger à la question, par la raison qu'un pareil jugement n'était pas, à proprement parler, un jugement de condamnation, et qu'il n'était pas susceptible des voies d'exécution dont parle l'art. 159. Par un arrêt confirmatif, la Cour royale de Grenoble décida que le jugement de reconnaissance d'écriture dont il s'agissait, n'ayant reçu aucune exécution dans les six mois de son obtention, devait, aux termes de l'art. 156, être réputé non avenu; qu'en fait de jugement par défaut, on ne peut faire aucune distinction entre un jugement de reconnaissance d'écriture et un jugement de condamnation, dès que l'art. 156 n'en fait aucune; que d'ailleurs le jugement

en question, contenant une condamnation de dépens, pouvait être suivi d'une saisie quelconque; et que ne renfermât-il qu'une simple reconnaissance, il pouvait autoriser une saisie-arrêt à fins conservatoires; qu'ainsi l'inscription, prise *plus de six mois après l'obtention de ce jugement*, et à une époque où celui qui l'avait obtenu, n'avait plus ni titre, ni hypothèque, devait également être réputée non avenue. La Cour de cassation, par un arrêt du 22 juin 1818, rejeta le pourvoi. Les motifs sont que les jugemens avaient été rendus par défaut; qu'ils avaient prononcé des condamnations qui pouvaient être exécutées dans la forme prescrite par l'art. 159, et que rien n'établissait qu'ils eussent reçu aucune exécution dans les six mois de leur date. On voit qu'en résumé ces motifs sont ceux du premier arrêt. Voyez *Denevers, an* 1818, *pag.* 626.

Il réslute de cet arrêt que l'on ne peut, en vertu d'un jugement par défaut, prendre une inscription lorsque le jugement n'a point été exécuté dans les six mois de son obtention. On doit aller plus loin; on doit penser que l'inscription qui aurait été prise avant l'expiration des six mois, deviendrait sans effet par le défaut d'exécution, parce que l'inscription n'est pas un acte d'exécution dans le sens et l'esprit de l'art. 159. Il en serait de ce cas comme de celui de la radiation qui aurait été faite d'une inscription, en vertu d'un jugement par défaut. Il a été jugé, avec raison, par la Cour d'appel de Trèves, par un arrêt du 10 août 1810, que cette radiation ne tenait pas lieu d'exécution, et n'empêchait pas la péremption du jugement. Ces actes faits hors la présence du défaillant sont ignorés de lui; et l'art. 159 exige des actes d'exécution qu'il ait connus. Voyez Denevers, an 1811, pag. 145, au suppl. Il est si vrai que l'inscription n'empêche pas la péremption du jugement, qui est une espèce de prescription, qu'elle n'interrompt pas la prescription, en général, à l'égard du débiteur. *Art.* 2180 *du Code civil.*

Après avoir ainsi émis mon opinion j'ai remarqué un arrêt de la Cour de cassation, du 19 décembre 1820, *Denev., an* 1821, *pag.* 296, qui confirme cette opinion en un sens, et qui l'infirme en un autre. Il la confirme en ce qu'il juge qu'une inscription prise dans la huitaine d'un jugement par défaut, portant reconnaissance d'écriture au profit du créancier, est valable, parce qu'elle est un acte conservatoire : il l'infirme en ce que l'arrêt juge que cette inscription a conservé son effet, quoiqu'il se fût écoulé six mois, à compter de la signification du jugement, sans qu'il y eût eu aucune exécution de ce jugement, parce que l'inscription devait être considérée comme un acte d'exécution du jugement.

L'arrêt, en ce dernier sens, détruira difficilement les difficultés. On doutera toujours que l'art. 159 du Code de procédure, n'attribuant le caractère d'exécution qu'à un acte *duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement ait été connue de la partie défaillante*, on puisse considérer, sous ce point de vue, une inscription qui n'est pas nécessairement connue du débiteur défaillant, et qui aussi, par cette raison, ne relève pas la prescription. On sentira donc aisément qu'il sera toujours prudent, pour empêcher la péremption du jugement, et pour conserver l'effet de l'inscription, d'exécuter le jugement par une des voies indiquées par cet art. 159, avant l'expiration des six mois, à compter de la date du jugement.

197. On peut élever la question de savoir s'il aurait pu être pris une inscription dans le cas où l'on opposerait l'incompétence du tribunal qui aurait prononcé le jugement en vertu duquel on aurait pris une inscription.

Il convient de distinguer. S'il s'agissait d'un jugement qui eût prononcé une condamnation sur le fond d'une demande, l'inscription pourrait toujours être prise, et son sort dépendrait entièrement de celui du jugement qui serait attaqué. On sent que l'inscription croulerait avec le jugement qui lui servirait de fondement. D'Héricourt, *Traité de la rente des immeubles, chap.* 11, *sect.* 2, *n°* 30, explique,

à cet égard, l'ancienne jurisprudence d'une manière qui peut être utile sous la nouvelle législation. « C'est même un usage certain, disait-il, que la sentence rendue par un juge incompétent de connaître d'une affaire, donne hypothèque au créancier du jour qu'elle est intervenue, quand la partie a procédé volontairement devant le juge incompétent, ou si le condamné n'a point comparu, quand il ne s'est pas pourvu dans le temps prescrit par l'ordonnance, pour faire infirmer la sentence qui a été rendue contre lui. » Il paraît que M. Persil a eu la même opinion, *Régime hypoth., art.* 2123, n° 3.

Mais supposons que le créancier du montant d'une promesse sous signature privée, se contente de faire citer le débiteur devant un juge ou devant un tribunal, simplement en reconnaissance de cette promesse, sans assignation en condamnation de la créance; que ce juge ou ce tribunal, se bornassent à donner un défaut, dont le profit serait que l'écriture ou la signature seraient tenues pour reconnus, qu'en vertu de ce jugement, il eût été pris une inscription, et que, dans la suite, le débiteur eût été condamné, par tout autre juge ou par tout autre tribunal, au paiement de la créance, l'inscription aurait-elle effet du jour de sa date, si le juge ou le tribunal qui aurait dit, par défaut, que les écriture ou signature seraient tenues pour reconnues, et qu'elles porteraient hypothèque, étaient absolument incompétens; s'ils l'étaient, par exemple, *ratione materiæ?* On sent que cette question ne serait pas à beaucoup près sans difficulté.

C'était anciennement un principe, que tout juge était compétent pour la reconnaissance d'une écriture ou signature, ou pour les tenir pour reconnues. Il n'y avait d'exception à cette règle, qu'à l'égard des juges ecclésiastiques, qui n'avaient qu'une juridiction personnelle, sans territoire ni pouvoir sur les biens. Cela n'était pas étonnant, d'après l'art. 92 de l'ordonnance de 1539. Il était dans l'esprit de cette ordonnance, de favoriser tous les moyens d'obtenir une hypothèque de la part du créancier, en vertu d'une promesse sous seing privé. Un créancier pouvait faire citer le débiteur, quelque part qu'il eût été, même lorsqu'il était en voyage, et le débiteur pouvait être traduit par-devant tout juge quelconque séculier du lieu où il se trouvait. L'action en reconnaissance de l'écriture, quoique son but fût de se procurer l'hypothèque, n'était néanmoins que préparatoire, respectivement au fond de la créance, dont on pouvait ensuite demander le paiement; mais il fallait alors que cette demande fût formée devant le juge compétent. C'est aussi d'après ces idées qu'il était dit, dans cette article 92, que la personne citée *ne pouvait alléguer aucune incompétence.* Il faut cependant remarquer que le juge, quel qu'il fût, compétent ou non, devant lequel on demandait simplement la reconnaissance, pouvait en donner acte, et, en cas de défaut, pouvait ordonner que les écriture ou signature seraient tenues pour reconnues; mais s'il y avait dénégation des écriture ou signature, il était obligé de renvoyer devant le juge compétent pour la vérification.

Mais je ne pense pas que tout cela puisse être observé actuellement. Tout jugement relatif à une reconnaissance d'écriture, lorsque la demande en reconnaissance forme une demande principale, est une opération judiciaire; c'est pourquoi, dans le cas dont il s'agit, le jugement par défaut, qui tient les écriture ou signature pour reconnues, imprime une hypothèque judiciaire. Or, cette hypothèque, comme la condamnation au fond, ne peut émaner que d'un juge compétent. On sent néanmoins que si la reconnaissance était demandée incidemment à un procès qui serait pendant, ou qui aurait dû être porté, par suite de circonstances, à un tribunal autre que celui du domicile du débiteur, alors ce tribunal deviendrait le tribunal compétent. L'art. 1322 du Code civil le fait ainsi supposer. Il y est dit, *l'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose.* Ces mots, *auquel on l'oppose*, annoncent une action judiciaire déjà formée.

D'ailleurs, cet article coïncide absolument avec l'art. 193 du Code de procédure, qui présente nécessairement cette idée. Ce même art. 1322 du Code civil prévoit ensuite le cas où un jugement par défaut tient l'écriture pour reconnue; et il y est dit alors, *ou légalement tenue pour reconnue*. Ce mot *légalement* n'a pas été mis sans intention; et tout jugement rendu par un juge incompétent, ne peut être considéré comme légal, Quand il est dit, dans l'art. 193 du Code de procédure, que, lorsqu'il s'agira de reconnaissance et vérification d'écritures privées, le demandeur pourra, sans permission du juge, faire assigner à trois jours pour avoir acte de la reconnaissance, ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu, on doit supposer que le législateur a eu en vue le juge compétent, parce que tel est le principe général. Ce principe général résulte des art. 168 et suivans du Code de procédure. D'après l'art. 170, l'incompétence ne se couvrirait pas par le consentement même de la partie, si cette incompétence existait *ratione materiæ*. On pourrait donc distinguer l'effet de la condamnation définitive, de celui du jugement par défaut, qui aurait tenu les écriture ou signature pour reconnues, et prétendre qu'on n'aurait pu prendre inscription qu'en vertu de la condamnation définitive, et non en vertu du premier jugement par défaut. Il est donc prudent, en pareille circonstance, de traduire celui contre lequel on veut obtenir la reconnaissance d'une promesse sous seing privé, devant le véritable juge ou tribunal du domicile, je veux dire devant le juge de paix, lorsque la somme n'excède pas le taux de sa compétence, et, dans le cas contraire, devant le tribunal civil.

Quant aux reconnaissances qui seraient faites devant notaires, d'actes sous seing privé, elles se rattachent à l'hypothèque conventionnelle; et je m'en suis expliqué ailleurs.

198. Mais peut-on demander la reconnaissance d'une promesse avant le terme de l'échéance? Dans les anciens principes, l'affirmative était sans difficulté : c'est ce qu'enseignait Rodier, sur l'art. 6, du titre 12 de l'ordonnance de 1667, question 2, où il explique les anciens usages relatifs à cette partie. Ces principes ont été maintenus, sous la loi de brumaire et sous le Code civil, jusqu'à la loi du 3 septembre 1807, contre la décision de quelques Cours royales, par trois arrêts de la Cour de cassation, des 3 février 1806, 15 janvier et 17 mars 1807. Denevers, *an* 1806, *pag.* 92; et 1807, *pag.* 114 *et* 154. Mais cette législation a été considérablement modifiée par cette loi du 3 septembre; il y est dit, art. 1er, que lorsqu'il aurait été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, *qu'à défaut de paiement de l'obligation, après son échéance ou son exigibilité*, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire. L'article suivant indique les cas dans lesquels les frais du jugement et ceux de l'enregistrement seront à la charge du créancier, ou à celle du débiteur. Il est dans l'esprit de cette loi, que l'hypothèque résulte du jugement même, qu'elle existe dans ce jugement, mais qu'elle ne puisse recevoir son efficacité que par l'inscription. Cette inscription ne peut être prise qu'après l'échéance; en sorte qu'il ne faut pas de nouveau jugement pour pouvoir la prendre.

Un des motifs de la loi est que le débiteur qui contracte une obligation à terme, est présumé n'avoir pas voulu se soumettre à une hypothèque : cette présomption ne cesse que par la stipulation contraire. Il y a eu encore un autre motif, ainsi que l'observe judicieusement M. Favard, *Traité des hyp.*, *pag.* 12; c'est que le législateur a voulu empêcher qu'on éludât la spécialité attachée à l'hypothèque conventionnelle. On aurait traité sous seing privé; et, par l'effet d'un jugement de reconnaissance, le créancier aurait obtenu une hypothèque générale sur les biens du débiteur.

On sent facilement que cette loi ne

peut porter aucune atteinte aux inscriptions prises antérieurement à sa promulgation, pour des créances non échues, en vertu de reconnaissances ou de jugemens qui tiendraient les écriture ou signature pour reconnues.

199. Mais il y a une observation importante à faire sur cette matière; c'est qu'il existe une déclaration du 2 janvier 1717, dont les dispositions intéressaient le commerce. Cette déclaration voulait qu'on ne pût obtenir aucune condamnation avant l'échéance des billets, lettres de change, et de toute autre sorte de billets et promesses passés par marchands, négocians, banquiers et autres particuliers faisant trafic et commerce de denrées et marchandises. Elle privait de l'hypothèque toutes ces condamnations. La même déclaration portait encore qu'aucune hypothèque n'avait pu, ni ne pourrait être, à l'avenir, valablement acquise par aucun acte de reconnaissance, fait pardevant notaires, au greffe ou autrement, en quelque sorte que ce fût, des billets, lettres et promesses, avant l'expiration du terme auquel le paiement devait être fait. L'objet de cette déclaration était de prévenir le discrédit des commerçans. La faculté de poursuivre avant l'échéance des termes auraient nui d'ailleurs à ceux qui n'auraient pu se pourvoir que dans la suite contre le débiteur.

Il s'était élevé la question de savoir s'il résultait de la loi de brumaire an 7, et du Code civil, une dérogation à cette loi. La Cour de cassation, section des requêtes, se décida pour l'affirmative, par un arrêt du 6 avril 1809, rapporté par Sirey, *même année*, *pag.* 182, et par Denevers, *idem*, *pag.* 118. La jurisprudence qui pouvait résulter de cet arrêt, n'avait cependant pas un caractère de certitude, d'après les motifs des deux premiers, des 3 février 1806 et 15 janvier 1807, que j'ai cités dans le n° précédent. Ces arrêts semblaient laisser subsister une différence entre les promesses ordinaires et les effets de commerce; mais la loi du 3 septembre 1807 fait cesser toute difficulté à ce sujet, puisqu'elle produit l'effet qu'avait la déclaration du 2 janvier 1717.

Le rapprochement de cette déclaration, de la loi du 3 septembre 1807, donne cependant lieu à une difficulté. Cette dernière loi refuse seulement l'hypothèque aux jugemens rendus sur une demande en reconnaissance avant l'échéance des effets, à compter de leur date; et elle n'accorde cette hypothèque qu'en cas du défaut de paiement après l'échéance. Cette même loi ne statue rien sur les reconnaissances volontaires qui seraient faites avant l'échéance; en sorte que, pour les dettes ordinaires, s'ils existait des reconnaissances volontaires, elles emporteraient hypothèque du jour de leur date, si elles contenaient la spécialité.

Mais comme, d'après la déclaration du 2 janvier 1717, l'hypothèque était refusée aux reconnaissances même volontaires des effets de commerce, avant l'échéance, sauf au créancier à user, après l'échéance, des voies prescrites par les ordonnances pour acquérir une hypothèque sur les biens du débiteur, on pourrait dire que cette déclaration doit conserver son effet pour ces cas de reconnaissances volontaires d'effets de commerce avant l'échéance, quoique, pour les dettes ordinaires, ces reconnaissances volontaires puissent se faire avant l'échéance, et qu'elles aient l'effet d'imprimer l'hypothèque, si elles contenaient la spécialité.

Je pense que cette proposition ne serait pas fondée. Pour l'établir, on pourrait invoquer les motifs d'intérêt pour le commerce, qui ont pu, dans le temps, donner lieu à cette déclaration. On pourrait faire remarquer l'espèce de doute que présentent les deux arrêts de la Cour de cassation, des 13 février 1806 et 15 janvier 1807, sur la question de savoir si la déclaration du 2 janvier 1717 était ou non abolie par la nouvelle législation; néanmoins nous pensons qu'on doit embrasser la décision de l'arrêt du 6 avril 1809. Voici les raisons sur lesquelles cette opinion nous paraît devoir être soutenue.

D'un côté, de quoi s'agit-il ici? d'un mode de constitution d'hypothèque. Or,

relativement à tout ce qui est constitution d'hypothèque, toutes les lois anciennes sont abolies par la nouvelle législation; cela est incontestable. La déclaration de 1717 est donc comprise dans cette abolition, ainsi que cela est dit dans l'arrêt du 6 avril 1809. Ce serait introduire une dangereuse confusion, que de suivre tout à la fois les lois anciennes et les lois nouvelles, quoique les dispositions n'en fussent pas les mêmes, et que les premières ne pussent se concilier avec les dernières. Celles-ci doivent modifier les anciennes. Les principes admis par la déclaration de 1717 ne se retrouvent dans aucun de nos Codes. On ne peut pas dire qu'ils aient été conservés par la loi du 3 septembre 1807, puisque cette loi ne contient ni disposition, ni exception relativement à la reconnaissance volontaire des effets de commerce avant l'échéance.

D'un autre côté, les motifs qui déterminèrent la déclaration de 1717 ne subsistent plus sous la législation nouvelle. La circonstance que l'hypothèque était occulte, pouvait inspirer des craintes que des créanciers trop confians ne fussent trompés; mais cet inconvénient disparaît actuellement par la nécessité de rendre l'hypothèque publique par la voie de l'inscription. Enfin, l'orateur du gouvernement, qui présenta la loi du 3 septembre 1807, parla bien de la déclaration de 1817, comme ayant pu influer sur cette loi; mais il ne la rappelle que sous le rapport de la reconnaissance poursuivie en justice, en quoi la loi devenait concordante avant la déclaration de 1717; et rien n'annonce qu'on ait eu l'intention de laisser subsister la déclaration, quant aux reconnaissances volontaires avant l'échéance.

Il ne reste donc aux créanciers, autres que celui qui obtient une reconnaissance volontaire, soit d'effets de commerce, soit de promesses ordinaires, que la ressource des moyens de fraude, selon les circonstances qui sont indiquées par le Code de commerce. On ne peut pas créer d'autres nullités, quels que soient les moyens sur lesquels on voudrait les établir. La seule déchéance du bénéfice du terme contre le débiteur, est celle qui est prononcée par l'art. 1188 du Code civil. Il y est dit: « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données, par le contrat, à son créancier. » Encore faut-il que, dans ce dernier cas, le créancier se fasse autoriser par la justice à prendre inscription avant l'échéance, afin d'éviter le refus que pourrait faire le conservateur, de faire l'inscription d'après le bordereau [1].

200. D'après des dispositions du Code civil et du Code de procédure, il y a plusieurs cas où, abstraction faite d'une saisie immobilière, il se fait des adjudications d'immeubles par-devant un tribunal, ou par-devant un de ses membres, qui est nommé commissaire pour recevoir les enchères et faire l'adjudication; quelquefois même le tribunal ordonne que les enchères seront reçues en l'étude d'un notaire qui est commis, et l'adjudication s'y fait au dernier enchérisseur. On peut voir un autre exemple d'une semblable adjudication, dans l'art. 747 du Code de procédure civile: il y est question de la conversion d'une saisie immobilière en une adjudication soumise à bien moins de formes. Il s'est présenté la question de savoir quel était le genre d'hypothèques qui pouvait résulter de l'obligation contractée par l'adjudicataire, de payer le prix de l'adjudication.

Si l'adjudication se fait devant un commissaire, ou même devant un tribunal, il

[1] On a toujours réclamé la condamnation d'effets de commerce devant les tribunaux, sans demander préalablement la reconnaissance de l'écriture ou signature. Mais en cas de dénégation, la vérification était renvoyée devant les tribunaux ordinaires. Cette règle subsiste encore, art. 427 du Code de commerce. Anciennement on pouvait réclamer les paiemens des effets de commerce devant les tribunaux de commerce, sans qu'ils fussent enregistrés; mais il n'en est plus de même d'après la loi du 28 avril 1816, art. 50 et 77. L'enregistrement doit être fait même avant que l'huissier donne l'assignation. Un huissier, pour y être contrevenu, a été condamné en l'amende. Un enregistrement postérieur à l'assignation ne suffit pas. Arrêt de la Cour de cassation, du 7 novembre 1830. Denevers, an 1821, pag. 294.

est de toute évidence qu'il n'en résulte que le seul privilége que la loi attache au prix d'une vente. On ne peut pas dire qu'il y ait une hypothèque judiciaire, qui serait générale, sur les biens de l'adjudicataire. Une pareille hypothèque ne peut résulter que d'une condamnation judiciaire, aux termes de l'art. 2123 du Code civil; et il est sensible que, dans un acte de la nature de l'adjudication, il n'y a pas de condamnation qui, d'ailleurs, ne pourrait pas être prononcée par un membre du tribunal, qui serait délégué. Il n'y aurait pas d'hypothèque judiciaire, même quand, dans le cahier des charges, on aurait mis cette clause : *Qu'outre le privilége que la loi donne au vendeur, les biens de l'adjudicataire seraient soumis à une hypothèque générale, comme étant judiciaire, pour le prix de la vente.* Cette clause, quoique confirmée en forme de condition et d'obligation, par le jugement d'adjudication, ne pourrait être le germe d'une hypothèque judiciaire. Cela serait toujours vrai, par la raison qu'il n'y aurait là ni condamnation, ni matière à condamnation; il faudrait encore le décider ainsi, par le motif que le tribunal ou le commissaire ne feraient office que d'un notaire qui recevrait l'engagement. Or, un notaire ne pourrait imprimer une hypothèque judiciaire, qui ne peut être que le sujet, ou d'une condamnation, ou d'une reconnaissance de signature apposée à une promesse. Un notaire ne pourrait non plus imprimer une hypothèque générale. Une pareille hypothèque ne peut jamais résulter d'une convention qui ne peut produire que l'hypothèque spéciale, quand il y a affectation de l'immeuble.

Mais si l'adjudication était faite devant un notaire commis, rien n'empêcherait que, sur la demande des parties intéressées, il fût stipulé une hypothèque spéciale sur des immeubles de l'adjudicataire, autres que celui qui serait adjugé, lequel serait toujours affecté au privilége qui est de droit. Il y aurait même alors un avantage dans cette faculté de stipuler l'hypothèque spéciale, en ce qu'elle ne pourrait l'être devant le tribunal ou le commissaire. L'hypothèque spéciale est exclusivement dans les attributions des notaires. *Art.* 2127.

M. Persil, *Rég. hypoth., art.* 2123, *n°* 11, décide ainsi la question. Il appuie un décision conforme des rédacteurs du Journal de l'enregistrement : mais il ne limite pas l'application de la décision aux cas que je viens de rappeler; il la fait simplement *aux jugemens d'adjudication intervenus sur publications volontaires.* Il semblerait qu'il aurait eu dans la pensée un usage ancien qui s'était introduit dans plusieurs parties du royaume, et surtout à Paris, d'obtenir la permission de faire procéder, de l'autorité d'un tribunal, à l'adjudication d'un immeuble qu'il était question de vendre volontairement; laquelle adjudication se faisait sur enchères, et après des affiches. On est autorisé à le croire, parce qu'il suppose que l'hypothèque serait stipulée au profit *du vendeur;* mais ces adjudications ne peuvent plus avoir lieu actuellement, d'après l'article 746 du Code de procédure, où il est dit : « Les immeubles appartenans à des majeurs, maîtres de disposer de leurs droits, ne pourront, à peine de nullité, être mis aux enchères en justice, lorsqu'il ne s'agira que de ventes volontaires. » Au surplus, la décision aurait toujours lieu relativement à ces adjudications faites avant le Code de procédure, qui contiendraient des clauses telles que celle que nous venons de supposer par forme d'exemples, et sur lesquelles il y aurait à statuer.

201. Il est dit, dans l'art. 2123, que l'hypothèque judiciaire résulte des jugemens, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires. Mais pour qu'un jugement en vertu duquel on puisse prendre une inscription, soit réputé définitif, il n'est pas nécessaire qu'il en résulte la condamnation d'une somme fixe et précise. Quel que soit l'objet de l'obligation, disait M. Tarrible, *Rép. de jurisp.*, au mot *Hypothèque, sect.* 2, § 3, *art.* 5, *n°* 3, il consiste à donner ou à faire quelque chose, ou à ne pas le faire : l'effet est le même. Lorsqu'un jugement impose,

en effet, une obligation, ou cette obligation consiste à donner une somme déterminée, et alors l'objet de l'hypothèque concomitante ne peut être équivoque; ou elle consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose : et comme cette obligation, selon l'art. 1141, se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, celui-ci se trouvera, en dernière analyse, obligé à payer une somme, de la même manière que celui qui est directement condamné à payer une somme fixe; et conséquemment l'hypothèque aura aussi un objet positif.

Ce n'est pas tout : il y a également une hypothèque en vertu de laquelle l'inscription peut être prise, quoique le jugement prononce une condamnation non seulement indéterminée, et qui assurerait une somme quelconque qui pourrait être plus ou moins considérable, mais encore quand la condamnation oblige à un fait dont le résultat, qui est incertain, pourrait la faire disparaître. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation, du 21 août 1810, a jugé qu'on avait pu valablement prendre une inscription hypothécaire en vertu d'un jugement qui condamnait un associé régisseur à rendre compte. *Denev.*, *an* 1810, *pag.* 515. On sent que, par suite d'une reddition de compte, celui qui a été condamné à le rendre, non seulement peut n'être pas débiteur, mais qu'encore il peut être constitué créancier de celui qui a fait condamner à rendre ce compte. Mais cette condamnation suffit pour autoriser un acte conservatoire tel que l'inscription. L'objet essentiel à remarquer est que l'inscription doit contenir une évaluation de la créance à une somme fixe, sans quoi l'inscription serait nulle, d'après l'art. 2132 et l'art. 2148, § 4. Aussi, dans l'espèce de l'arrêt que je viens de citer, l'inscription contenait une évaluation.

Mais le débiteur peut demander la réduction de l'hypothèque, conformément à l'art. 2163, qui donne ce droit pour toutes créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées.

202. La question de savoir quels sont les actes qui émanent des juges de paix, qui peuvent être considérés comme jugemens emportant hypothèque, et quels sont ceux desquels il résulte seulement une convention pour laquelle on doit obtenir un jugement de condamnation des tribunaux ordinaires, demande une explication. Elle est importante, parce qu'il serait facile de tomber là-dessus dans des méprises.

Il faut bien distinguer deux cas : 1° celui où un juge de paix, comme juge de paix conciliateur; en conséquence de citation donné à comparoir devant lui, pour éprouver les voies de conciliation, constate, dans un procès verbal, des faits, des aveux auxquels il résulte des engagemens;

2° Le cas où un juge de paix rend un jugement comme juge de paix, comme juge proprement dit, d'après les pouvoirs que lui donne la loi, ou que les parties lui confèrent, en conséquence de l'autorisation qui leur est accordée par la loi.

Quant au premier cas, il est sans difficulté que les aveux, conventions et reconnaissances d'engagement, portés par un acte fait devant un juge de paix, lequel acte n'est plus un jugement, mais un procès verbal rédigé par un juge de paix conciliateur, ne peuvent être par eux-mêmes le germe d'une hypothèque. On ne peut, en vertu d'un pareil acte, prendre avec effet une inscription hypothécaire, ni même se livrer à aucun autre acte d'exécution.

Il n'y a dans ce procès verbal que le germe d'un titre de condamnation; et pour qu'il y ait ce titre de condamnation, qui devienne un titre exécutoire, il faut se pourvoir devant le tribunal civil, pour faire prononcer la condamnation des sommes réclamées, en conséquence du contenu au procès verbal.

L'art. 54 du Code de procédure civile ne laisse, à ce sujet, aucune difficulté, puisqu'il y est dit : « Les conventions des parties, insérées au procès verbal, *ont force d'obligation privée.* » La détermination de cet effet emporte nécessairement l'exclusion d'un droit d'hypothèque.

Relativement au second cas, c'est-à-dire, lorsque le juge de paix juge pour une somme fort au-dessus de la compétence ordinaire et légale attribuée aux juges de paix, et ce, en vertu de pouvoirs à lui donnés par les parties qui se présentent devant lui, conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile, auquel était conforme, ou à peu près, l'art. 10 de la loi du 26 octobre 1790, alors le jugement qu'il rend a tous les caractères attachés par la loi aux jugemens ordinaires; et, en conséquence, il imprime l'hypothèque sur les biens de celui qui subit une condamnation.

Quelle en est la raison? C'est qu'alors le juge de paix n'agit pas comme juge de paix conciliateur. Il devient juge de paix ou juge proprement dit. Il ne peut y avoir aucune différence entre un jugement qu'il prononce comme juge, dans le cas où la compétence lui est attribuée directement par la loi, et celui qu'il rend aussi en qualité de juge de paix, c'est-à-dire, de juge proprement dit, sur des sommes qui excèdent la compétence ordinaire des juges de paix, lorsqu'il y a la déclaration ou le consentement des parties, constaté par procès verbal en règle, tel, en un mot, que cela est porté par l'art. 7 du Code de procédure.

Dans ce cas, il existe une véritable compétence, parce qu'elle est attribuée par la loi, au moyen de la déclaration ou réquisition des parties, et que cette extension de compétence est déférée au juge de paix, non comme conciliateur, mais comme juge de paix, comme véritable juge qui doit statuer sur les objets déterminés par la loi, pour être de sa compétence en cette qualité.

C'est ce qu'on trouve lumineusement développé et établi dans une dissertation de M. Merlin, *Répert. de jurisp.*, au mot *Hypothèque*, *sect.* 2, § 2, *art.* 4.

A la vérité, l'arrêt de la Cour de cassation, du 22 décembre 1806, qui fut rendu sur ses conclusions, n'y fut pas exactement conforme; mais il n'est pas moins vrai qu'il a préjugé la question dans son sens, parce qu'on voit que ce n'est qu'une circonstance particulière qui donna lieu à la différence de décision. On peut voir encore ce qu'il disait lors d'un arrêt du 6 juillet 1807, rapporté par Denevers, *an* 1807, *pag.* 481. Les affaires dont il s'agit dans ces deux arrêts, avaient pris naissance sous l'empire de la loi du 11 brumaire; mais les principes sont les mêmes sous le Code civil.

Dans les espèces de ces deux arrêts, il s'agissait de reconnaissances d'écritures et signatures privées, faites devant le juge de paix, pour des objets fort au-dessus du taux de sa compétence. Ainsi, les reconnaissances faites devant le juge de paix, lorsqu'il est investi d'un pouvoir, conformément à l'art. 7 du Code de procédure, portent hypothèque comme toutes condamnations de sommes qu'il prononcerait en vertu du même pouvoir. Alors les parties procèdent *en jugement*, ainsi qu'il est dit dans l'art. 2123 du Code civil.

Il est essentiel de remarquer que, dans le cas dont il s'agit, le juge de paix constitué juge, en conséquence de l'art. 7, même pour des objets qui excèdent le taux de sa compétence, comme juge de paix, peut décider des différens entre personnes qui ne sont point du ressort de sa justice de paix. Le désir de voir éteindre les procès, lui a fait accorder par le législateur cette extension de compétence. On ne peut en douter d'après la disposition de cet art. 7 : « Encore qu'il ne fût le juge naturel des parties, ni à raison du domicile du défendeur, ni à raison de la situation de l'objet litigieux. » Un arrêt de la Cour royale de Colmar, du 25 avril 1817, a appliqué la disposition de l'art. 7 du Code de procédure, au cas où aucune des parties n'était justiciable du juge de paix. Il a décidé aussi, et, je crois, avec raison, que le jugement ne pouvait être attaqué, sur le fondement que les parties, en saisissant le juge de paix, s'étaient présentées par le ministère de mandataires, porteurs de procurations sous seing privé, mais enregistrées. L'arrêt est motivé ainsi : « Que cette circonstance ne peut atténuer en rien le juge-

ment, puisque les signatures apposées au bas des procurations n'ont été, à aucune époque, contestées, et qu'aucune disposition des lois n'oblige de se présenter devant un juge de paix, en pareil cas, avec une procuration notariée; qu'au contraire, ce mode de jugement ayant spécialement pour objet d'éviter des frais, ce serait méconnaître la véritable pensée du législateur, que d'exiger une procuration notariée, surtout lorsque journellement on se présente devant les juges de paix, comme tenant bureau de conciliation, avec des pouvoirs sous seing privé. » Denevers, *an* 1818, *pag.* 25, *au suppl.*

Mais faut-il, dans le second cas dont je viens de parler, les mêmes formes pour le jugement, que celles établies pour les décisions d'arbitres, c'est-à-dire, le dépôt de la minute du jugement au greffe du tribunal civil, l'ordonnance d'*exequatur* du président de ce tribunal, et, par conséquent, l'expédition du jugement par le greffier du même tribunal, ainsi que le tout est prescrit par les art. 1020 et 1021 du Code de procédure?

Il faut penser que non, et cela pour deux raisons.

1° Parce que ces formes ne sont établies par aucune loi dans le cas proposé; et si le législateur l'eût ainsi voulu, il ne se serait pas contenté de les exiger particulièrement pour les décisions arbitrales.

2° Le motif déterminant est que, toujours dans le cas dont il s'agit, le juge de paix fait fonction de juge; ce n'est pas un arbitre. Son caractère de juge ne le quitte point; il rend un vrai jugement; et c'est par une conséquence de ce que le jugement imprime l'hypothèque de lui-même, que ces formes ne sont pas nécessaires. La nécessité de l'observation de ces formes, impliquerait contradiction avec l'existence de l'hypothèque qui a lieu de droit.

Aussi, dans l'espèce sur laquelle s'expliquait M. Merlin, l'inscription hypothécaire avait été prise en vertu du simple jugement du juge de paix; et on ne songea pas à relever la prétendue nécessité des formes prescrites pour les décisions arbitrales, dont l'établissement était bien antérieur au Code de procédure.

Voilà les vraies raisons de se décider, sans qu'il soit besoin de recourir à l'art. 44 sur la loi du budget, du 28 avril 1816. Cet article ne peut influer sur la question, n'ayant trait qu'à une différence de perception de droits, relativement aux décisions arbitrales, et ne s'étant expliqué et n'ayant dû s'expliquer en aucune manière sur les formes.

Mais il reste deux observations à faire.

La première est que l'application de tout ce que je viens de dire ne se fait que lorsque le juge de paix prononce, non seulement en vertu des pouvoirs énoncés dans l'art. 7 du Code de procédure civile, mais encore sur un objet qui, par sa nature, soit de la compétence des juges de paix, c'est-à-dire, sur une action mobilière, personnelle, etc. Le jugement serait vicieux, s'il portait sur un pétitoire, sur une matière criminelle, en un mot, sur tout ce qui serait hors de la compétence du juge de paix, *racione materiæ*. L'extension de la compétence reste toujours limitée dans les objets de la compétence même. C'est ce qu'à très bien expliqué M. Merlin, dans la dissertation ci-dessus citée.

La seconde observation est qu'il est indispensable que tout ce qui se fait, d'après l'article 7 du Code de procédure civile, conserve toujours le caractère de jugement proprement dit, émanant d'un juge.

Ainsi, il ne doit point y avoir de compromis hors la présence du juge de paix. On doit se transporter à son audience, lui demander un jugement; et cette demande doit être constatée par procès verbal.

Il doit y avoir un jugement ou sur-le-champ, ou sur délibéré, ou après des opérations préparatoires qui pourraient être nécessaires; et le jugement doit être prononcé en audience publique, les parties mandées à cet effet.

Le jugement et les actes qui l'ont préparé doivent être transcrits sur le plumitif ou registre d'audience; et l'expédi-

tion du jugement doit être faite par le greffier, sur la minute existante sur le plumitif ou registre, et non sur feuille volante.

Sans tout cela, la décision du juge de paix pourrait perdre le caractère d'un vrai jugement; on pourrait n'y voir qu'une décision arbitrale ordinaire, et on penserait qu'on a pratiqué des manœuvres pour enlever des émolumens au greffier du tribunal civil, et priver le gouvernement des droits de perception, tels que ceux qui se perçoivent sur les expéditions délivrées par les greffiers des tribunaux civils.

203. Le principe sur l'hypothèque que confèrent les décisions arbitrales, est consigné dans l'art. 2123 du Code civil. « Les décisions arbitrales, y est-il dit, n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de *l'ordonnance judiciaire d'exécution.* » Cette disposition est conforme aux anciens principes. Ce sera les faire connaître brièvement, avec leurs motifs qui s'appliquent à la législation actuelle, que de transcrire ce que dit, à ce sujet, Despeisses, *part.* 3e, *sect.* 3e, *n°* 12. Il s'explique d'après les lois romaines, et en conséquence d'une jurisprudence constante des tribunaux du royaume. « Mais la sentence arbitrale, disait-il, n'a pas exécution parée, sinon après qu'elle a été autorisée par le juge; et alors elle est exécutée d'autorité du juge ordinaire qui l'a autorisée, parce que les arbitres n'ayant pas puissance de juger par l'autorité du prince, mais par la seule volonté des parties plaidantes qui les ont choisis, *leur sentence est un acte privé jusqu'à ce qu'elle ait été autorisée*; voire même, bien que les parties, après la prononciation de la sentence arbitrale, y aient acquiescé, néanmoins elle ne peut pas être exécutée que de l'autorité du juge; car toujours la même raison subsiste, que c'est un acte privé. Et s'il y a appel elle peut encore être exécutée par provision, et sans préjudice de l'appel, de l'autorité du juge d'appel. »

Ainsi, l'hypothèque prend cours du jour de l'ordonnance d'exécution rendue, ou par le président du tribunal de première instance, ou par celui de la Cour royale, selon les cas énoncés dans l'article 1020 du Code de procédure. L'inscription peut donc être prise en vertu de l'ordonnance d'exécution; et s'il y avait appel de la décision arbitrale, ce qui pourrait arriver s'il n'y avait pas de renonciation à la faculté d'appeler, d'après l'article 1010, l'appel ne suspendrait pas le droit de prendre inscription, sauf la radiation ou la réduction selon l'évènement, ainsi que je l'ai déjà dit pour les condamnations qui émanent des tribunaux.

Serres, *Instit. au droit français, liv.* 3, *tit.* 14, avait dit que l'hypothèque, à l'égard des sentences arbitrales, s'acquérait du jour de l'homologation (ordonnance judiciaire d'exécution) qui en est faite en justice, *ou du jour de l'acte de la remise qui en était faite entre les mains d'un notaire.* Cet auteur, d'ailleurs très instruit, était tombé dans l'erreur. D'un côté, c'était confondre les idées sur l'hypothèque conventionnelle et sur l'hypothèque judiciaire; de l'autre, comment l'hypothèque aurait-elle pu résulter du simple fait matériel du dépôt d'un acte chez un notaire, sans le consentement des parties, qui est le principe de l'obligation, et, par conséquent, de l'hypothèque. On a déjà vu d'ailleurs, d'après Despeisses, que l'approbation, de la part des parties, était inutile pour l'hypothèque des décisions arbitrales. L'hypothèque a donc toujours été attachée à l'ordonnance d'exécution. Aussi Soutlages, *des hypot., pag.* 69, et Rodier, sur l'art. 8 de l'ordonnance de 1667, qui, comme Serres, ont écrit d'après les principes et la jurisprudence du parlement de Toulouse, enseignent que l'hypothèque dérivait de l'ordonnance d'exécution, et rejettent ce que Serres disait sur l'effet du dépôt de la sentence arbitrale. Cependant on voit encore quoiqu'avec étonnement, cette difficulté s'élever sous la loi du 11 brumaire an 7. Mais elle fut proscrite par un arrêt de la Cour de cassation, du 25 prairial an 11. Cet arrêt jugea que l'on n'avait pu prendre inscription qu'en vertu de l'homolo-

gation judiciaire d'une sentence arbitrale, rendue par des arbitres de commerce, d'après l'art. 13, tit. 4 de l'ordonnance de 1673, et non en vertu du dépôt qui avait été fait au greffe de la juridiction consulaire. *Denevers, an* 11, *pag.* 303.

Je crois devoir me dispenser de descendre dans des détails sur ce qui tient aux formes qui doivent précéder et accompagner les décisions arbitrales, et à celles qui sont relatives au mode d'exécution; tout cela est réglé dans le livre 3, titre unique du Code de procédure civile. Je me borne à tout ce qui concerne l'hypothèque.

Je dirai cependant un mot sur l'article 1022, qui a présenté quelques difficultés; il y est dit : « Les jugemens arbitraux ne pourront, en aucun cas, être opposés à des tiers. » On ne doit pas prendre cet article dans le sens que le jugement arbitral ne pourrait pas imprimer une hypothèque, au préjudice des tiers, puisque ce serait détruire presque entièrement l'effet du jugement arbitral, en le réduisant à une simple condamnation personnelle contre le débiteur tandis que les décisions arbitrales ont le même effet, sous tous les rapports, ou, au moins, sous celui de l'hypothèque, que les jugemens rendus par les tribunaux. Le législateur a seulement voulu dire que les tiers avaient le même droit d'attaquer les décisions arbitrales, que celui qui est donné par la loi, à toutes personnes intéressées, qui n'ont pas été parties dans un jugement rendu par un tribunal, qui pourrait nuire à leurs droits, d'après la maxime si connue au palais, *res inter alios acta alteri non prodest, neque nocet.* M. Persil, *rég. hypot., art.* 2123, *n°* 15, en a fait l'observation; il a cru devoir l'éclaircir par un exemple auquel il suffit de renvoyer.

204. L'hypothèque judiciaire est générale, c'est-à-dire, qu'elle frappe tous les biens présens et à venir du débiteur, d'après l'article 2123; c'est aussi par une suite de ce principe, que, comme on le voit dans ce §, n° 193, tous les biens présens et à venir peuvent être frappés par une seule inscription, prise simultanément sur tous les biens, sans qu'il soit besoin d'inscriptions successives, à mesure qu'il en entrera dans le domaine du débiteur. Cela étant, il faut appliquer à l'hypothèque judiciaire, comme à toute hypothèque générale, les principes que j'ai exposés au n° 52, pag. 108. Ainsi, tout immeuble dont la propriété est acquise au débiteur après l'inscription prise en vertu d'une hypothèque judiciaire, entre sous le joug de cette hypothèque; et cette hypothèque le suit, de quelque manière qu'il sorte de ses mains : mais toutefois faut-il que le débiteur ait possédé l'immeuble de quelque courte durée qu'ait été la possession, et qu'il l'ait possédé comme propriétaire.

205. L'hypothèque affecte les biens présens et les biens à venir, quelque caractère d'inaliénabilité qu'ils puissent prendre accidentellement, à raison d'un nouvel état du débiteur. Ainsi, l'hypothèque suit non seulement les immeubles appartenans au débiteur lorsqu'il se marie, mais encore ceux qu'il pourrait acquérir pendant le mariage, même quoiqu'ils passassent entre les mains de la femme, par un partage de la communauté qu'elle accepterait. Étant chef et maître de la communauté, il aurait pu revendre ces immeubles, dont il est propriétaire, en ayant la libre disposition. C'est aussi par cette raison, que, comme on le verra dans la suite, la femme elle-même peut suivre, par l'effet de son hypothèque légale, les biens acquis par le mari pendant le mariage, quoique contracté sous le régime de la communauté; de même, l'hypothèque judiciaire, en vertu de la généralité, affecte les biens dotaux de la femme, non seulement lorsque le jugement est rendu contre elle, avant qu'elle se marie, mais encore lorsqu'il est rendu pendant son mariage, quoiqu'elle ne pût ni hypothéquer, ni vendre ces biens par acte volontaire, au moins, sans des formalités requises, dans ce cas, par la loi. Lorsqu'elle subit une condamnation judiciaire, c'est la justice qui frappe ses biens d'hypothèque, parce que, comme débitrice, elle entre dans la classe de tous les autres débiteurs.

206. Mais les immeubles qu'aurait un débiteur, peuvent cesser de lui appartenir autrement que par des actes à titre onéreux ou à titre gratuit. Il peut se faire qu'ils les donne en échange, et qu'il en reçoive d'autres en contre-échange; dans ce cas, il s'élève une question importante : elle consiste à savoir si les immeubles qu'il aura donnés en échange, et ceux qu'il aura reçus en remplacement par contre-échange, seront également affectés à l'hypothèque judiciaire, ou à toute autre hypothèque générale, et comment l'hypothèque peut être exercée respectivement aux deux immeubles échangés.

Cette question a été prévue par quelques auteurs ; mais elle ne l'a pas été sous le rapport des distinctions qu'il convient de faire pour bien s'entendre. Ou le créancier commence par exercer son hypothèque sur l'immeuble que son débiteur a donné en échange, ou il exerce d'abord l'hypothèque sur l'immeuble reçu en contre-échange par le débiteur. Au premier cas, si le tiers détenteur, à titre d'échange n'a pas pris toutes les mesures propres à purger les hypothèques qui portaient sur le fonds, ou par la transcription, à l'égard des créanciers ordinaires, ou s'il y a à craindre des hypothèques légales, par les formes établies par la loi pour parvenir à la purgation de ces sortes d'hypothèques, il est sensible que ce tiers détenteur sera soumis à tout ce qu'impose l'hypothèque et à toutes ses suites. Mais aussi il est indubitable qu'il aura un recours à exercer contre celui avec qui il aura fait l'échange; lequel recours pourra tendre à la résolution de cet échange, et à la revendication de l'immeuble qu'il aura cédé. Ce recours serait fondé sur tous les principes relatifs à la garantie du contrat d'échange. La propriété cesse d'être acquise à celui qui a reçu en contre-échange, si la propriété de ce qu'il avait donné en échange ne reste pas à l'autre copermutant. Il est dit dans l'art. 1705 du Code civil, qui n'est que l'expression des anciens principes : « Le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange, a le choix de conclure à des dommages-intérêts, ou de répéter sa chose. »

Au second cas, c'est-à-dire, si le créancier commence l'exercice de son hypothèque sur l'immeuble reçu en contre-échange par son débiteur, alors celui de qui provient cet immeuble doit le revendiquer par la voie de la distraction, en délaissant en remplacement celui qui lui aura été donné en échange, et qui sera alors le seul qui demeurera frappé de l'hypothèque. Ce que je viens de dire suppose que l'un et l'autre héritages ne peuvent être frappés simultanément de l'hypothèque. Or, c'est ce qui paraît être de toute justice. Au moins, veux-je dire que le créancier peut bien agir, par déclaration d'hypothèque, sur les deux héritages, puisque, selon le parti que prendra le tiers copermutant, l'hypothèque peut être exercée ou sur l'un ou sur l'autre; mais je ne pense pas que l'hypothèque puisse être consommée en résultat sur les deux héritages simultanément. S'il en était autrement, on sent que le créancier aurait une hypothèque double de celle sur laquelle il a dû compter; et il l'aurait aux dépens du tiers qui aurait donné son immeuble en contre-échange, s'il ne pouvait conserver ni celui qu'il aurait reçu en échange, ni celui qu'il aurait donné. *Nemo jacturâ alterius locupletari potest.*

Mais supposons que le tiers copermutant eût négligé de former une demande en distraction qu'il eût laissé poursuivre la vente et l'adjudication de l'immeuble; qu'il aurait donné en contre-échange; que le prix de l'adjudication ne pût pas faire face à la totalité de la créance, d'après un ordre qui serait fait, le créancier pourrait-il encore exercer son hypothèque sur l'immeuble qui serait entre les mains du tiers copermutant, qui l'aurait reçu en échange du débiteur? Voilà la question importante qui s'élève, et que j'ai en vue. Soulatges, *des hypoth., pag.* 101, dit, à ce sujet, que l'hypothèque générale comprendrait le fonds baillé en contre-échange; mais il y apporte cette restriction importante. « Ce qui doit être entendu, non que le créancier fût en droit

de faire saisir et vendre par décret *les deux fonds échangés*, mais seulement *le fonds baillé en contre-échange*, suivant la maxime, *subrogatum sapit naturam subrogati*. De sorte que dans ce cas, le fonds baillé en échange serait libre entre les mains de celui qui l'aurait pris à ce titre. »

Je pencherais pour cette opinion, parce qu'elle est conforme aux principes de droit et à l'équité. On voit dans le Journal des audiences, tom. 2, pag. 52, un arrêt du parlement de Paris, du 14 juillet 1661, qui, quoique rendu dans une espèce qui n'est pas absolument semblable à celle dont il est ici question, a jugé d'après les idées dans lesquelles je viens de m'expliquer. Je crois cependant qu'on devrait y apporter ce tempérament, que si l'héritage reçu en échange par le tiers, était d'une valeur supérieure à celui qu'il aurait donné en contre-échange au débiteur, et s'il y avait eu un retour payé par ce dernier, le créancier pourrait exercer, dans le cas dont il s'agit, son hypothèque sur l'immeuble qui serait entre les mains du tiers copermutant, jusqu'à concurrence de la plus-value, comparativement à la valeur de l'immeuble donné en contre-échange, et qui aurait été adjugé. On en sent facilement la raison : cette plus-value pour laquelle il y aurait vente, au moyen de la stipulation d'un retour d'échange, était soumise à l'hypothèque. Elle y est restée soumise; et on ne peut, à l'égard de cette plus-value, pour laquelle il n'y a aucun remplacement, faire valoir la maxime, *subrogatum sapit naturam subrogati*.

Je ne vois pas que ces raisonnemens puissent être combattus par d'autres plus solides. Il est bien dit dans Denizart, au mot *Échange*, n° 7, que l'immeuble reçu en échange par le débiteur devient affecté à l'hypothèque, et que le créancier n'est pas moins en droit de *former sa demande en déclaration d'hypothèque*, contre celui qui possède l'héritage dont le débiteur était propriétaire avant l'échange. On voit encore dans Domat, une note sur le n° 12 de la section 1re du titre 2, liv. 3, dans laquelle il est dit que, dans le cas de l'hypothèque de tous biens présens et à venir, *l'hypothèque s'étendrait aux deux héritages* (échangés). Mais il est évident que tout cela avait besoin d'une explication; et j'ai tâché de donner celle qui était convenable.

Cependant, je dois dire que la Cour de cassation, *section des requêtes*, par un arrêt du 9 novembre 1815, a jugé dans des idées contraires. Il a décidé que lorsqu'un débiteur dont les biens présens et à venir sont hypothéqués, a fait un échange, l'immeuble qu'il a donné, et celui qu'il a reçu en échange, sont grevés de l'hypothèque, et que le créancier peut les faire discuter successivement. Il est vrai que dans l'espèce de cet arrêt, quoiqu'il s'agit d'une hypothèque légale exercée par une femme, il y avait eu de sa part une inscription hypothécaire avant l'échange; et il est dit dans le dispositif de l'arrêt : « Attendu que l'échangiste, ainsi qu'un autre acquéreur quelconque, ne peut être à l'abri *des inscriptions hypothécaires, prises sur le fonds acquis, qu'en purgeant le même fonds des inscriptions hypothécaires, suivant les formes voulues par la loi; ce qui n'a pas eu lieu dans l'espèce.* » Denevers, *an* 1815, *pag.* 592. Il est difficile d'apercevoir une raison de décider différemment entre le cas où il n'y aurait pas d'inscription avant l'échange et celui où il en existerait une, s'agissant d'une hypothèque légale. Mais le préjugé puissant de l'arrêt de la Cour de cassation ne subsiste pas moins.

Au surplus, la connaissance des difficultés qui s'élèvent dans ce cas, apprendra aux acquéreurs, même à titre d'échange, combien il est de leur intérêt d'employer toutes les ressources que la loi leur fournit pour purger toutes hypothèques, soit légales, soit ordinaires, afin de se mettre à l'abri de toutes recherches. L'arrêt de la Cour de cassation que je viens de citer, semble leur en donner le conseil; et j'ai observé plusieurs fois que la loi veille à tous les intérêts; que c'est seulement parce qu'on néglige de prendre les précautions qu'elle indique,

qu'on se trouve exposé à des procès souvent ruineux.

Mais tout ce qui vient d'être dit, est étranger au cas de l'échange d'un immeuble qui serait soumis à une hypothèque spéciale. Alors l'hypothèque reste uniquement sur l'immeuble sur lequel elle a été constituée. La spécialité s'oppose à une idée d'extension de l'hypothèque sur tout autre immeuble, comme à une idée de subrogation d'un immeuble en remplacement d'un autre. Cela résulte de ce qui est dit dans ces passages de Domat et de Soutlages, que j'ai déjà indiqués. Ils s'expliquaient pour une hypothèque spéciale, telle qu'elle avait lieu d'après les lois romaines; et on sent qu'il doit en être de même dans notre législation, et, à plus forte raison, pour une hypothèque conventionnelle avec spécialité.

§ II.

De l'hypothèque qui peut résulter des jugemens des tribunaux étrangers, ou des décisions arbitrales rendues en pays étranger.

SOMMAIRE.

207. *Principes sur l'effet des jugemens rendus en pays étranger.*

208. *La faculté de demander la révision, en France, du jugement étranger, est-elle réciproque entre l'étranger et le Français?*

209. *Les principes sont les mêmes pour les tribunaux de commerce.*

210. *Il est indifférent que ce soit l'une ou l'autre des parties qui ait été demandeur, défendeur ou intervenant.*

211. *Conséquences de ce qui vient d'être dit. Des enquêtes faites en pays étranger.*

212. *Exceptions pour les jugemens rendus par les consuls de la nation française, en pays étranger.*

213 *Des jugemens rendus par arbitres, en pays étranger.*

214. *Du mode d'exécution, en France, des jugemens rendus en pays étranger.*

215. *Quelques exemples de la réciprocité établie à ce sujet.*

216. *Un simple usage, ou une loi seulement locale, ne suffisent pas pour donner aux jugemens étrangers l'autorité de la chose jugée.*

217. *Questions relatives à la réunion à la France de plusieurs pays étrangers.*

218. *Des jugemens rendus en faveur de Français contre des habitans de pays étrangers qui avaient été réunis à la France.*

219. *Des jugemens obtenus contre des Français par des habitans d'un pays rétranger réunis ensuite à la France.*

220. *La séparation politique de pays qui avaient été réunis, ne doit pas déroger aux hypothèques acquises pendant la réunion.*

221. *Question dépendante de ce qui vient d'être dit.*

222. *Réflexions morales et politiques sur la législation relative à l'exécution, en France, des jugemens rendus en pays étrangers, entre un habitant de ces pays et un Français.*

223. *De la réduction de l'hypothèque judiciaire.*

207. Je viens à ce qui concerne les jugemens rendus en pays étranger. Pour se former des idées précises sur cette matière, il est à propos de rapprocher l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, de l'art. 2123 du Code civil.

Art. 121. « Et nonobstant les jugemens (rendus en royaumes et souverainetés étrangères) nos sujets contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers pardevant nos officiers. »

Art. 2123. « L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugemens rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été

declarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités. »

Deux questions se sont d'abord élevées sur la manière d'entendre l'article 2123. La première a été de savoir si de ces termes, « qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, » et en faisant abstraction des lois politiques et des traités qui pourraient ne pas exister, ce qui avait été jugé en pays étranger devait être remis en jugement devant un tribunal français; si, en un mot, on devait recommencer en France l'instruction de l'affaire comme s'il n'y eût eu auparavant rien de décidé. Et en admettant l'affirmative de cette proposition, il s'élevait la question de savoir si, le jugement étant rendu en pays étranger entre un étranger et un Français, la faculté de demander en France la révision du jugement et une nouvelle décision de l'affaire sur le fond, était respective à l'étranger comme au Français, ou si elle était simplement facultative pour les Français, exclusivement à l'étranger.

Quant à la première question, il était bien difficile qu'il s'élevât des doutes sérieux. Aussi, on voit ces doutes disparaître dès les premiers pas de la jurisprudence qui s'est formée sur le Code civil. On ne peut douter, d'après les termes de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, que cette loi n'accordât au Français, condamné en pays étranger, la faculté de débattre de nouveau ces droits comme entiers devant un tribunal français. Ce droit était même établi, en faveur des régnicoles, bien avant cette ordonnance, puisque d'anciens arrêts rapportés par Mornac et par Trancou, ainsi que par Choppin, sur la Coutume d'Anjou, liv. 3, chap. 3, tit. 3, nos 11 et 12, l'avaient ainsi jugé. Le même droit a été confirmé par des arrêts du dix-huitième siècle.

A la vérité, l'art. 2123 du Code est conçu dans des termes différens de ceux de l'art. 121 de l'ordonnance; et on n'y voit pas aussi clairement l'idée de la faculté de faire réviser de nouveau en France le jugement déjà rendu; mais on ne peut douter qu'il n'ait été rédigé dans le même esprit. D'ailleurs, si on ne devait pas ainsi entendre ces termes de l'art. 2123, *qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français*, on ne saurait bien dire ce qu'ils signifient. Prétendrait-on que le législateur a simplement voulu qu'on obtînt, sur citation, un jugement devant un tribunal français compétent, qui ordonnât, d'une manière absolue, que le jugement rendu en pays étranger fût déclaré exécutoire, sans pouvoir remettre en jugement ce qui aurait déjà été jugé, sans que le Français pût *de nouveau débattre ses droits* comme entiers? Dirait-on que l'unique vue du législateur, dans l'art. 2123, a été de faire porter hypothèque au jugement étranger, abstraction faite de l'idée du droit de le faire réviser par un tribunal français? Mais il n'y aurait presque pas de différence entre cette disposition et celle du même art. 2123, qui porte que *les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de* L'ORDONNANCE JUDICIAIRE D'EXÉCUTION. La seule différence qu'il y aurait, c'est que, pour le cas de la décision arbitrale, une ordonnance du président du tribunal suffit; au lieu que, pour le cas du jugement étranger, il semblerait qu'il faudrait un jugement du tribunal français compétent. Mais le jugement déclaratif d'exécution étant forcé, sans révision et sans débats sur la chose jugée, dégénérerait en simple ordonnance d'*exequatur*. Et on ne concevrait pas même l'objet qu'on aurait eu en établissant une différence, dès qu'elle ne porterait que sur la forme. En considérant sous ce point de vue les termes de l'art. 2123 du Code, *qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français*, on les ramènerait à une simple disposition d'exécution parée, dont l'objet serait d'accorder une espèce de *pareatis*. Mais on ne peut attacher cette signification aux termes de l'art. 2123, puisque le mode exécutorial des jugemens étrangers, qui est toute autre chose que l'impression de l'hypothèque, qui est toute autre chose aussi

que la faculté de faire remettre en jugement ce qui a été jugé chez l'étranger, est devenu l'objet de l'art. 546 du Code de procédure civile, dont je parlerai dans la suite. En sorte que les principes consignés dans les art. 2123 et 2128 du Code civil, sont étrangers à l'idée d'une simple exécution passive, absolue et indéfinie. On ne peut en faire résulter ce qu'on appelait anciennement un *visa* ou *pareatis*, qui était nécessaire pour le jugemens même des tribunaux français, qu'on voulait faire exécuter dans le ressort d'autres tribunaux aussi français. C'était une formalité vaine, qui a été supprimée par l'art. 547 du Code de procédure civile.

Au surplus, le principe qui tend à établir la faculté de demander en France la révision du jugement rendu en pays étranger, ce qui emporte l'anéantissement de ce jugement, a été confirmé par un arrêt de la Cour de cassation, du 18 pluviôse an 12, rendu sur les conclusions de M. Merlin. On voit ces conclusions, dans toute leur étendue, ainsi que l'arrêt, dans ses *Questions de droit*, au mot *Jugement*, § 14. La même doctrine a été confirmée par nombre d'autres arrêts, que j'indiquerai en m'expliquant sur la seconde question que j'ai déjà annoncée.

208. Cette seconde question consiste à savoir si, le jugement étant rendu en pays étranger, entre un étranger et un Français, la faculté de demander en France la révision du jugement est respective à l'étranger et au Français, ou si elle est restreinte au Français. Cette restriction était écrite avec une telle précision, dans l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, on était tellement pénétré, et depuis si long-temps, d'après les arrêts, d'après la doctrine professée par les grands magistrats, et surtout par l'illustre chancelier d'Aguesseau, en plusieurs circonstances, que le droit de faire rejuger ce qui l'avait été, n'appartenait qu'aux citoyens français, comme un privilége attaché à ce titre, qu'on crut voir le même esprit dans l'art. 2123 du Code civil, quoiqu'il fût difficile, et même impossible de l'y trouver. En conséquence, on voyait se former une jurisprudence qui même a été assez long-temps soutenue, laquelle était absolument conforme à ce qui se pratiquait avant le Code civil, d'après les principes de l'ordonnance de 1629; c'est-à-dire, que le droit de demander la révision du jugement était restreint au Français condamné en pays étranger.

Peut-être cette jurisprudence se renforçait-elle par l'idée présentée depuis plusieurs années à la Cour de cassation, et qui y fut admise, que cette ordonnance avait été regardée comme loi générale en France; idée qui était au moins susceptible de beaucoup de difficultés et d'un grand nombre de restrictions, quant aux lieux où elle pouvait être exécutée, ainsi que je l'ai observé au n° 14. J'ai extrait les dispositions des arrêts rendus dans les principes de l'ordonnance de 1629. Pour abréger, j'en présenterai le résultat, sans en apporter les espèces qu'on pourra consulter dans les recueils où ces arrêts sont rapportés. Je me contenterai donc de dire qu'entre autres arrêts qui ont adopté cette manière d'appliquer l'art. 2123 du Code, indépendamment de l'arrêt de la Cour de cassation, du 18 pluviôse an 12, dont j'ai déjà parlé, il en existe un de la même Cour, du 7 janvier 1806, portant rejet d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour royale de Besançon, du 18 messidor an 12. L'arrêt du 7 janvier 1806 est rapporté par Denevers, *même année*, *pag.* 113, et par Sirey, *aussi même année*, *pag.* 129; on le voit aussi dans le Répertoire de jurisprudence de M. Merlin, au mot *Jugement*, § 8, avec le discours qu'il prononça, comme procureur général. Il faut dire que le droit de demander la révision d'un jugement étranger a été rejeté par cet arrêt; mais on y voit, ainsi que dans celui de la Cour royale de Besançon, que ce fut seulement parce que les dispositions de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 ne s'appliquent qu'aux jugemens rendus en pays étranger, *entre un étranger et un Français*, et que, dans l'espèce de l'arrêt, un jugement de Neuchâtel devait être considéré, à raison de circonstances particulières, comme ayant été rendu *entre deux étrangers*. On entendait donc, par

l'exception, confirmer la règle qui se puisait dans l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, sur la différence à faire entre le Français auquel la faculté de la révision du jugement étranger était accordée, et l'étranger auquel elle était refusée. On peut consulter un arrêt de la Cour royale de Poitiers, et un autre de la Cour royale de Bruxelles; le premier, du 8 prairial an 13, et le second, du 3 nivôse an 14. Ils sont rapportés par Sirey, *an* 1806, *pag.* 41, et par Denevers, *pag.* 71 *et suiv.* Je renvoie enfin à un autre arrêt de la Cour de cassation, du 27 août 1812, rapporté par Denevers, *même année, pag.* 590. Ce qu'il y a de remarquable, pour saisir la pensée des magistrats, c'est ce motif : « *Qu'à la vérité, les articles précités* (art. 2123 et 2128 du Code civil) *n'autorisent pas, en termes exprès, le Français qui a succombé devant le tribunal étranger, à provoquer un nouvel examen du fond, lorsqu'il demande un nouvel examen en France; mais que cette faculté est consignée dans l'art.* 121 *de l'ordonnance de* 1629, *article qui renferme une loi politique, non abrogée par les nouveaux Codes*, etc.

Mais cette jurisprudence excitait quelque étonnement dans les esprits de plusieurs magistrats et jurisconsultes, qui voyaient d'un œil différent les dispositions de l'art. 2123 du Code civil. Ils se défiaient cependant de leurs propres idées, par l'effet du respect et de la confiance qu'obtiennent si justement les décisions de la Cour de cassation. C'est en cet état que, par un arrêt du 19 avril 1819, cette Cour a jugé que le droit de faire reviser le jugement, appartient à l'étranger comme au Français. L'arrêt est tellement important, que je crois devoir en faire connaître parfaitement l'espèce et les motifs. Je les puise dans le Bulletin des arrêts de cette Cour, où ils sont rapportés avec autant de sûreté que de précision.

« Par un jugement du 14 mai 1814, le tribunal de Boston avait condamné Parker, *Américain*, à payer à Holker, *régnicole français*, pour solde de liquidation d'une société de commerce, une somme de près de trois millions.

« Parker habitait en France; il y avait acquis des propriétés mobilières et immobilières, sur lesquelles Holker avait demandé au tribunal civil de la Seine de l'autoriser à exécuter le jugement du tribunal de Boston.

« Un jugement du tribunal de la Seine avait, en effet, déclaré exécutoire celui de Boston; mais il l'avait déclaré, sans examen, sans connaissance de cause; et, sur l'appel interjeté par Parker, le jugement avait été infirmé par la Cour royale de Paris, dont l'arrêt était motivé :

« Sur ce que l'ordonnance de 1629 po-
« sait en principe général et absolu, que
« les jugemens rendus ès-royaumes et
« souverainetés étrangères, *pour quelque*
« *cause que ce fût*, n'auraient aucun effet
« en France; que le Code civil avait donné
« la même latitude à ce principe, en dé-
« clarant que l'hypothèque ne peut résul-
« ter des jugemens rendus en pays étran-
« ger, qu'autant qu'ils ont été déclarés
« exécutoires par un tribunal français :
« que cette déclaration n'est pas une af-
« faire de pure forme, comme autrefois
« la concession d'un *pareatis* d'un ressort
« à l'autre, pour les jugemens rendus
« dans l'intérieur du royaume, mais sup-
« pose, de la part du tribunal français,
« une connaissance de cause et un examen
« sérieux de la justice du jugement, comme
« la raison le demande, et qu'il s'est tou-
« jours pratiqué en France, suivant le
« témoignage des anciens auteurs.

« Holker s'est pourvu en cassation, et a prétendu que la Cour royale, en imposant aux juges l'obligation de procéder à l'examen du fond, avant de déclarer un jugement rendu en pays étranger, exécutoire en France, *lorsqu'il avait été rendu en faveur d'un Français*, avait faussement interprété l'ordonnance de 1629, et les art. 2123, 2128 du Code civil, et 546 du Code de procédure civile, et avait commis un excès de pouvoir.

« Mais la Cour, après avoir examiné la question avec d'autant plus de soin qu'elle se trouvait résolue diversement par les Cours royales, a rejeté le pourvoi du sieur Holker, par les motifs suivans :

« Considérant que l'ordonnance de 1629 disposait, en termes absolus, et sans exception, que les jugemens étrangers n'auraient pas d'exécution en France, et que ce n'est que par le Code civil et le Code de procédure, que les tribunaux français ont été autorisés à les rendre exécutoires ;

« Qu'ainsi l'ordonnance de 1629 est ici sans application ;

« Considérant que les art. 2123, 2128 du Code civil, et 546 du Code de procédure, n'autorisent pas les tribunaux à déclarer les jugemens rendus en pays étranger, exécutoires en France, sans examen ;

« Qu'une semblable autorisation serait aussi contraire à l'institution des tribunaux, que l'aurait été celle d'en accorder ou refuser l'exécution, arbitrairement et à volonté ;

« Que cette autorisation, qui, d'ailleurs, porterait atteinte au droit de souveraineté du gouvernement français, a été si peu dans l'intention du législateur, que lorsqu'il a dû permettre l'exécution sur simple *pareatis* des jugemens rendus par des arbitres revêtus par la loi du caractère des juges, il a eu le soin de ne confier la faculté de délivrer l'ordonnance d'*exequatur* qu'au président, et non pas au tribunal, parce qu'un tribunal ne peut prononcer qu'après délibération, et ne doit accorder, même par défaut, les demandes formées devant lui, *que si elles se trouvent justes et dûment vérifiées* (Article 116 et 150 du Code de procéd.) ;

« Considérant, enfin, que le Code civil et le Code de procédure ne font aucune distinction entre ces divers jugemens rendus en pays étranger, en permettant aux juges de les déclarer tous exécutoires ;

« Qu'ainsi, ces jugemens étant incontestablement sujets à examen sous l'empire du Code civil, comme ils l'ont toujours été lorsqu'ils sont rendus contre des Français, on ne pouvait pas décider que tous les autres doivent être rendus exécutoires autrement qu'en connaissance de cause, sans ajouter à la loi, et sans y introduire une distinction arbitraire, aussi peu fondée en raison qu'en principe ;

« Qu'il suit de là qu'en rejetant l'exception de chose jugée, qu'on prétendait faire résulter d'un jugement rendu en pays étranger, et en ordonnant que le demandeur déduirait les raisons sur lesquelles son action est fondée, pour être débattue par Parker, et être statué sur le tout en connaissance de cause, la Cour royale de Paris a fait une juste application des art. 2123 et 2128 du Code civil, et 546 du Code de procédure. »

On peut encore recueillir des idées utiles sur la question, dans la discussion qui a préparé l'arrêt de la Cour royale de Paris du 27 août 1816, qui a été confirmé par cet arrêt de la Cour de cassation. On trouve cette discussion dans Denevers, *an* 1816, *pag.* 128, *au suppl.*

Il est donc sensible, d'après cet arrêt, que, sauf toujours les dispositions des lois politiques et des traités, quand il en existe, desquels on ne doit pas croire que la Cour de cassation ait entendu qu'on pût s'écarter, la faculté de demander la révision du jugement rendu en pays étranger doit être commune à l'étranger qui a succombé, comme au Français qui serait dans le même cas. Cet arrêt est bien plus conforme à l'art. 2123 du Code civil, qui n'admet pas la distinction arbitraire qui avait été introduite par la jurisprudence immédiatement précédente.

Des soins que se donne une Cour, de nouvelles méditations auxquelles elle se livre dans la vue d'améliorer la jurisprudence, et de la rendre exactement conforme au texte et à l'esprit de la loi, ne peuvent être qu'un sujet d'éloges. Il n'y aurait qu'une critique injuste qui pût faire remarquer avec aigreur un changement d'opinion. En législation, en jurisprudence, comme dans tout ce qui est l'objet des opérations de l'esprit, ce qui est vrai ne se découvre pas au premier aspect ; et la découverte de la vérité est presque toujours le fruit du temps et des réflexions qui se succèdent.

209. On sent facilement que tout ce qui a déjà été dit sur la faculté de demander la révision d'un jugement, quand elle doit avoir lieu, doit être observé à l'égard des jugemens rendus par les tribunaux

de commerce, comme par ceux rendus par les tribunaux ordinaires. On ne saurait y voir une différence. Il ne serait même pas besoin, pour se former des idées à ce sujet, qu'on sût que cela a été ainsi jugé par quelques-uns des arrêts que j'ai rapportés, et par d'autres. C'est notamment un des points jugés par l'arrêt de la Cour de cassation, du 18 pluviôse an 12.

210. Il est encore indifférent, pour que le droit de demander la révision d'un jugement étranger existe, que celui qui réclame cette révision ait été demandeur, défendeur, ou intervenant. C'est encore ce qui a été décidé par le même arrêt : « Considérant, y est-il dit, que les expressions générales de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 (par lequel on se guidait alors, et qu'il faut actuellement combiner avec l'art. 2123 du Code civil, sainement entendu, d'après l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 avril 1819), ne souffrent aucune exception, soit relativement à la nature de l'affaire qui a été portée devant un tribunal étranger, soit relativement à la qualité en laquelle un Français y a été partie ; qu'ainsi on ne peut, pour l'application dudit article, admettre de *distinction*, soit entre le cas où l'affaire sur laquelle est intervenu un jugement étranger, est commerciale ou purement civile, *soit que le Français y ait été demandeur, défendeur, ou partie intervenante ;* mais que la loi refuse indistinctement toute force exécutoire en France aux jugemens étrangers. »

211. De tout ce qui vient d'être dit, il résulte que, sauf l'exécution des lois politiques et des traités par lesquels on doit toujours se diriger, quand il en existe, le jugement rendu en pays étranger doit être déclaré exécutoire en France par un tribunal compétent, et qu'il doit être rendu en connaissance de cause, si, sur la demande en simple exécution, celui contre lequel il a été rendu conclut à la révision du fond. Mais les enquêtes et tous actes juridiques qui auront été faits en pays étrangers pour préparer le jugement qui y a été rendu, devront toujours avoir leur effet en France. On sent combien il serait injuste de rejeter des preuves et des attestations qui auraient été faites sur les lieux, et qu'on ne pourrait plus se procurer, ou, au moins, que très difficilement. Ce n'est pas alors déférer à la chose jugée ; c'est admettre comme vrais des faits qui doivent guider la décision des magistrats, et dont la certitude ne peut s'établir d'aucune autre manière. On peut voir ce que disait, à ce sujet, M. Merlin, dans ses Questions de droit, tom. 8, au mot *Suppléant (juge)*, *pag.* 681, d'après Emérigon, dans son Traité des assurances, *chap.* 4, *sect.* 8.

212. Mais tout ce qui vient d'être dit ne peut s'appliquer, en aucune manière, aux jugemens rendus par les consuls de la nation française, dans les pays étrangers. D'Héricourt en donnait le motif, qui est également le véritable aujourd'hui. Après avoir dit, *de la vente des immeubles chap.* 11, *sect.* 2, *n°* 30, que les sentences rendues par des juges d'une domination étrangère, n'emportent point d'hypothèque sur les biens situés en France, il ajoutait : « ce qui ne s'entend point des consuls de la nation, dans les échelles du Levant, ou dans les autres endroits où il y en a d'établis ; car, comme ces officiers ont des provisions du roi, qu'il les fait juges, et que les appels de leurs jugemens doivent être portés devant les juges de France, les sentences qu'ils rendent emportent hypothèque sur les biens du royaume. Il en est de même des sentences rendues par les juges de France, établis dans les pays de l'Amérique, qui sont sous la domination du roi. »

Ce n'est point le lieu où l'acte est passé qui doit être considéré ; c'est la capacité de l'officier qui en est le ministre. Sur le dernier état des consuls de France, et des chanceliers établis près les consuls dans les pays étrangers, voyez le *Rép. de jurispr.*, aux mots *Consuls français* et *Chanceliers des consuls de France dans les pays étrangers.*

213. A l'égard des jugemens rendus par arbitres, en pays étrangers, entre un Français et un citoyen de ces pays, les principes que je viens de développer sur

les jugemens rendus par des tribunaux étrangers, ne les concernent point. On conçoit aisément la différence qu'il y a entre des juges par lesquels deux parties ne peuvent se dispenser d'être jugées, et ceux qui sont de leur choix. La vérité de cette proposition est si évidente, que je pourrais me dispenser d'invoquer des autorités à son appui. Je dirai cependant que la question a été ainsi jugée par un arrêt de la Cour royale de Paris, du 16 décembre 1809, rapporté par Denevers, *an* 1810, *pag.* 35, *au suppl.* Je me plais à exposer pour motif ce que disait judicieusement M. Mourre, alors procureur général près cette Cour. « Pour la sentence arbitrale, ce motif (celui qui aurait concerné la faculté de demander la révision du jugement) s'évanouit. Le juge est du choix de la partie; elle a connu ses principes, ses sentimens, son désir de lui rendre bonne justice; elle s'est décidée, non parce qu'il était de telle nation ou de telle autre, mais parce qu'elle l'a cru juste et éclairé. Elle a eu recours, non à l'autorité, mais à la sagesse; elle lui a donné elle-même le pouvoir dont il avait besoin. Le compromis est le mandat; la sentence n'en est que l'exécution. » On sent qu'il faut seulement, en pareil cas, que le jugement reçoive d'un tribunal français la force exécutoriale et la vertu de l'hypothèque.

214. Il faut en venir au mode d'exécution, en France, des jugemens étrangers contre les Français, ou tous ceux qui résident en France. J'examine la question sous un point de vue général, c'est-à-dire, abstraction faite des effets que doivent avoir ces jugemens, sous le rapport de l'engagement qui doit en résulter, ainsi que du droit qui peut exister de le faire réviser. On sent facilement, surtout d'après ce qui a été dit sur cette matière, le motif de la défense d'exécuter en France un jugement étranger, sans la permission des juges français, qui, en cela, exercent le pouvoir qui leur est délégué par le souverain, source de toute justice et de toute autorité.

Nul jugement, ni acte, est-il dit dans l'art. 545 du Code de procédure civile, ne pourront être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitulé que les lois, et ne sont terminés par un mandement aux officiers de justice. Or, des officiers de justice ne sont jamais tels que, respectivement à leur propre souverain, ils ne peuvent tenir un pouvoir d'aucun autre.

Le mode d'exécution, sous ce rapport, des jugemens étrangers, en France, est prescrit par l'art. 546 du même Code. « Les jugemens, y est-il dit, rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France, que de la manière et dans les cas prévus par les art. 2123 et 2128 du Code civil. » Il résulte de cette disposition, que l'exécution des jugemens étrangers, en France, ne doit y être permise qu'autant que l'exécution de jugemens rendus en France, est permise par le souverain des pays étrangers où les jugemens ont été rendus, et de la même manière dont elle l'est. L'exécution est soumise, abstraction faite de ce qui peut avoir lieu pour l'hypothèque et pour la révision des jugemens, à la réciprocité, suivant les lois politiques et les traités.

215. Je ne citerai ici que quelques exemples de cette réciprocité.

D'après les traités conclus entre la France et le Corps helvétique, le 28 mai 1777, et le 3 fructidor an 6, l'hypothèque est conférée aux jugemens rendus dans ces états, sur les immeubles qui y sont respectivement situés; et, quant à l'exécution des jugemens émanés des tribunaux helvétiques, elle est attachée à la simple légalisation de l'envoyé de France; de manière que la permission des tribunaux français n'est ni requise, ni nécessaire.

A l'égard des états du roi de Sardaigne, les relations diplomatiques, entre ces états et la France, au moins en ce qui concerne cette partie, sont encore les mêmes que celles qui sont établies par un traité du 24 mars 1760, revêtu de lettres-patentes du 24 août suivant, enregistrées au parlement de Paris, le 6 septembre. L'article

que je vais en rapporter, est extrait d'expéditions certifiées, indépendamment de ce qu'on en voit dans les ouvrages de jurisprudence [1].

Art. 22. « Pour étendre la réciprocité qui doit former le nœud de cette correspondance, aux matières contractuelles et judiciaires, il est encore convenu, 1° que de la même manière que les hypothèques, établies en France par actes publics ou judiciaires, sont admises dans les tribunaux de S. M. le roi de Sardaigne, l'on aura aussi pareil égard, dans les tribunaux de France, pour les hypothèques qui seront constituées à l'avenir par contrats publics, par ordonnances ou jugemens, dans les états de S. M. le roi de Sardaigne; 2° que pour favoriser l'exécution réciproque des arrêts ou jugemens, les Cours suprêmes défèreront, de part et d'autre, à la forme du droit, aux réquisitoires qui leur seront adressés à ces fins, même sous le nom desdites Cours; enfin, que pour être admis en jugement, les sujets respectifs ne seront tenus, de part et d'autre, qu'aux mêmes cautions et formalités qui s'exigent de ceux du propre ressort, suivant l'usage de chaque tribunal. »

On voit que l'hypothèque est réciproquement admise dans les deux états; et, en ce qui concerne le mode d'exécution des jugemens, il a respectivement lieu entre la France et les états du roi de Sardaigne, d'après les dispositions de cet article, suivant les formes qu'on verra dans la note ci-dessous [2].

216. On peut élever la question de savoir si on doit regarder en France, comme ayant l'autorité de la chose jugée, les sentences et les arrêts rendus dans un pays étranger où, soit par l'effet d'une loi locale, soit par nn usage particulier, mais sans convention de souverain à souverain, on attribue cette autorité aux jugemens émanés des tribunaux français.

M. Merlin, *Quest. de droit*, au mot *Jugement*, § 15, se décide, et avec raison, pour la négative; il invoque, à ce sujet, une opinion émise par le savant d'Héricourt, dont il rapporte les expressions, à l'occasion d'une hypothèque contestée à la princesse de Carignan, qui a donné lieu à des arrêts rapportés par plusieurs auteurs anciens. On ne peut rien voir de plus judicieux que l'opinion de d'Héricourt sur cette question particulière. Ce qu'il dit est tellement profond, tellement propre à donner des lumières sur les questions importantes de la nature de celles dont il s'agit, qui tiennent au droit public, que je

[1] Cette convention est rapportée dans l'ouvrage de M. Gaschon, avocat à Paris, intitulé: *Code diplomatique des aubains*, ouvrage infiniment utile sur cette importante matière.

[2] Le Français qui a obtenu un arrêt d'une Cour royale de France, ou même un jugement d'un des tribunaux de son ressort, présente à cette même Cour, par le ministère d'un avoué, une requête par laquelle il demande que, sur le vu de l'art. 22 du traité du 24 mars 1760, il lui soit accordé des lettres rogatoires qui seront adressées à la Cour supérieure des états de Sardaigne, dans le ressort de laquelle est domicilié celui qui a été condamné par l'arrêt ou jugement rendu en France, afin d'obtenir la permission de cette Cour supérieure des états de Sardaigne, de faire faire toutes les exécutions nécessaires dans son ressort, pour parvenir à contraindre le débiteur au paiement du montant des condamnations en principal ou accessoires, prononcées par le tribunal français. L'arrêt ou le jugement est joint à la requête.

Sur l'ordonnance de soit communiqué au procureur général, rendue par le premier président, et sur les conclusions du procureur général, la Cour rend un arrêt qui se délivre en minute à la suite de la requête et des conclusions. Par cet arrêt, la Cour ordonne que les lettres rogatoires sont octroyées, et seront adressées à la Cour supérieure des états de Sardaigne, dans le ressort de laquelle le débiteur est domicilié, à l'effet, par cette Cour, de faire jouir l'impétrant du bénéfice de l'art. 22 du traité du 24 mars 1760, et de permettre, rière son ressort, la mise à exécution de l'arrêt ou du jugement.

En exécution de cet arrêt scellé du sceau de la Cour, cette même Cour adresse séparément ses lettres rogatoires à la Cour supérieure des états de Sardaigne, qu'elles concernent. Il y est dit qu'elle prie et requiert cette Cour de permettre la signification et la mise à exécution du jugement dont il est question, et ce partout et rière son ressort, offrant ladite Cour d'en faire de même, et plus grand, s'il y échet. (C'est pour être parfaitement exact, que je rends ces dernières expressions, parce qu'elles sont d'un style ancien entre les Cours de justice de France et celles des états du roi de Sardaigne, et que ce style s'observe encore.)

Les Cours supérieures des états de Sardaigne suivent la même forme à l'égard des Cours royales de France. L'une de ces formes a été modelée, par convention, sur l'autre. Cette manière de pratiquer est connue depuis long-temps; elle n'a jamais éprouvé de difficulté. Les dernières lettres rogatoires que j'ai vu adresser par la Cour royale de Riom au sénat de Chambéry, sur mes conclusions, étant procureur général, sont du mois de novembre 1818.

J'observe que les arrêts et ordonnances ci-dessus ne sont point sujets à l'enregistrement.

crois devoir le faire transcrire en note [1]. En sorte qu'il n'y a, sur cette matière, d'autre réciprocité que celle qui est fondée sur les lois politiques ou sur les traités. Telle est aussi la disposition textuelle des art. 2123 et 2128 du Code civil, auxquels se réfère l'art. 546 du Code de procédure.

217. La réunion à la France d'un grand nombre de pays étrangers a donné lieu, sur cette matière, à des questions importantes. Les difficultés se sont présentées sous un double rapport. D'abord des jugemens avaient été rendus en France, en faveur de Français, contre des particuliers qui étaient citoyens des pays qui récemment avaient été réunis à la France. Ces pays avaient, respectivement aux jugemens rendus en France, des prérogatives semblables à celles des Français, par rapport aux jugemens rendus contre eux par les tribunaux de ces mêmes pays étrangers. Ces droits respectifs avaient-ils dû cesser? à quelle époque remontait cette cessation? et si l'on pouvait opposer la confusion de ces droits, à compter des époques des réunions d'un pays à un autre, cette confusion avait-elle un effet retroactif, de manière à donner aux arrêts ou jugemens antérieurs aux réunions, les mêmes droits, privilèges et prérogatives que si la réunion eût existé au moment où les arrêts et jugemens étaient intervenus?

Ensuite, des jugemens avaient été rendus contre des Français dans des pays anciennement étrangers à la France, et qui lui avaient été nouvellement réunis; ils avaient été rendus en faveur de citoyens de ces mêmes pays étrangers. Les droits que pourraient avoir les Français, s'ils étaient éteints à compter de la réunion, existaient-ils dans leur plénitude, pour

[1] « Quels que puissent être les usages de Piémont, ils ne peuvent point influer sur la contestation : il suffit que nos lois rejettent l'hypothèque des contrats passés en pays étranger. Personne n'ignore que l'hypothèque est un droit, qui se règle par la loi du lieu où l'on veut l'exercer.

« Mais, dit-on, que deviendra le droit de réciprocité qui doit avoir lieu entre deux états voisins, si l'on rejette, en France, l'hypothèque des contrats passés en Piémont, pendant qu'en Piémont on donne hypothèque aux contrats passés en France?

« Pour faire tomber cette remarque, il suffit d'expliquer ce qui doit être entendu par la réciprocité, et quelles sont ses bornes.

« La règle de la réciprocité prend sa source dans la convention des souverains, et cette convention en fait la base : mais on peut tirer des conséquences qui attaquent l'indépendance des différens souverains.

« Son effet se borne à ce qu'on appelle le droit de *représailles*, c'est-à-dire, à refuser aux Piémontais, en France, ce que la loi de Piémont refuse aux Français.....

« Mais la règle de la réciprocité qui s'observe entre les nations, ne peut obliger les magistrats français à accorder aux Piémontais, contre les lois de l'état, tous les droits qu'on accorde aux étrangers en Piémont, à moins que les deux souverains ne soient convenus de la réciprocité, par un traité conclu entre eux, comme on a fait pour les hypothèques entre la France et la Lorraine.

« S'il en était autrement; le souverain cesserait de l'être dans ses états, dès qu'il serait obligé d'accorder aux sujets d'un autre état, dans son territoire, tout ce que le souverain de cet autre état y accorde aux étrangers.

« Ainsi, il y a beaucoup de nations qui ne connaissent point le droit d'aubaine; les sujets de ces états peuvent-ils s'en prétendre affranchis en *France*, où ce droit est en vigueur, parce qu'on ne le pratique point chez eux à l'égard des étrangers? Ainsi, un commerce est interdit en *France*, mais il est permis dans un autre état; est-ce une raison pour que les sujets de cet autre état viennent le faire en *France*, malgré nos lois?

« Comme ces interdictions subsistent en *France*, c'est bien une raison pour que, dans les autres pays, on distingue les Français des autres étrangers, et qu'on leur refuse les faveurs que nous refusons en *France* aux étrangers. C'est ce qu'on appelle le droit de représailles, qui dérive de la règle de la réciprocité; ce qui n'a rien de contraire à la souveraineté de la *France*.

« C'est une matière de négociation entre les deux souverains. Ils doivent balancer les avantages qui peuvent leur revenir de la réciprocité. Quand ils la trouvent égales aux deux peuples, ils l'établissent entre les deux états, comme on a fait dans le traité d'Utrecht, pour établir la réciprocité de l'exemption du droit d'aubaine entre la France et l'Angleterre. Mais quand un état est plus grand que l'autre, ils l'établissent communément entre l'un des deux, et une partie de l'autre état, proportionnée pour la grandeur. (C'est ainsi que par le traité du 21 janvier 1718, entre la France et la Lorraine, la réciprocité d'hypothèque, et d'exécution des contrats et des jugemens, avait été stipulée, d'une part, pour tous les états du duc de Lorraine, et de l'autre, pour la généralité de Metz seulement). La représaille est de droit, et chaque souverain peut l'exercer dans ses états, comme il lui plaît; mais la réciprocité dont l'effet s'étend au droit et à la police d'un autre état, est de convention, et elle ne peut s'établir que par un traité entre les deux souverains.

« Sans cela, un petit état serait le maître de se procurer tels avantages qu'il lui plairait dans un grand état : il n'aurait qu'à accorder aux sujets de ce grand état, les droits et les privilèges qu'il voudrait procurer aux siens dans un grand état. »

les titres antérieurs à cette réunion? Il est utile de connaître la jurisprudence qui s'est formée sur ces questions, parce que les traces de ces réunions ne sont pas entièrement effacées, quant aux affaires qui en sont nées, du genre de celles dont il s'agit.

Pour procéder avec plus de méthode, je discuterai successivement les deux questions que je viens de présenter.

218. Quant aux jugemens rendus en faveur de Français contre des habitans de pays étrangers qui avaient été réunis à la France, la question a été jugée en thèse par un arrêt de la Cour de cassation, du 18 thermidor an 12, qui a donné lieu à un développement lumineux des principes de la matière. Cet arrêt est rapporté avec la discussion par Denevers, *an* 13, *pag*. 42, et plus amplement encore dans les Questions de droit de M. Merlin, au mot *Réunion*.

L'affaire présentait un grand nombre de faits. Je ne rappellerai que ceux nécessaires pour l'intelligence de la décision; et, par la même raison, je ne donnerai qu'un aperçu des observations essentielles et des moyens. La dame Champigny, *Française*, se prétendait créancière de la famille Selys, de Liége, en vertu de deux arrêts du parlement de Paris, de 1782 et 1783. Cette dame ne put obtenir l'exécution de ces arrêts dans le pays liégeois, malgré plusieurs poursuites que je puis omettre. L'inutilité de ces poursuites tint au maintien des priviléges des Liégeois, en ce qui concernait l'exécution des jugemens rendus contre eux en pays étrangers. Mais en l'an 7, après la réunion du pays liégeois à la France, l'affaire fut reprise par les héritiers de la dame Champigny, devant le tribunal civil du département de l'Ourthe, contre le sieur Selys. D'après la réclamation faite par celui-ci des priviléges des Liégeois, le tribunal rendit un jugement, le 14 floréal an 8, qui, sans s'arrêter aux conclusions des héritiers Champigny, à fin d'exécution des arrêts du parlement de Paris, de 1782 et 1783, ordonna aux parties de plaider au fond. On sent facilement que ce tribunal se décida pour le privilége réclamé par les Liégeois comme par les Français, de soumettre à une nouvelle discussion, devant un tribunal compétent du pays, la chose jugée en pays étranger.

La Cour d'appel de Liége, par arrêt du 15 floréal an 10, confirma ce jugement. Il n'est pas inutile d'en rapporter le dispositif, parce qu'il porte la confirmation, d'après le droit public d'Allemagne, non seulement du droit de la nation allemande, et par exprès des Liégeois, à l'égard des jugemens étrangers rendus contre eux, mais encore du droit des Français, par rapport aux jugemens rendus contre eux hors de France.

« Attendu, est-il dit dans l'arrêt du 15 floréal an 10, que c'est un principe de droit public et des gens, que des jugemens rendus par des juges d'un pays étranger ne sont pas exécutoires, à moins qu'il ne soit dérogé à cette règle par un concordat, ou par une réciprocité établie par l'usage [1]; *que les auteurs français et germains attestent unanimement que la jurisprudence de la France et du pays de Liége était conforme à ce principe;* que Liége, comme partie intégrante de l'empire germanique, était dans le ressort des tribunaux supérieurs de l'empire, dont les attributs étaient de conserver les droits et priviléges de ses membres, conformément au rang et à la prééminence de leur état; que les auteurs les plus respectables, entre autres *Ludolf* et *Lauterback*, attestent que la pratique des suprêmes dicastères de l'empire, *n'admettait l'exécution des jugemens étrangers* QU'APRÈS CONNAISSANCE DE CAUSE; que Selys avait donc usé de son droit, en proposant, devant les tribunaux liégois, les exceptions de nullité qu'il se croyait fondé à opposer à la demande d'exécution des arrêts dont il s'agit, et que *l'événement qui a réuni les deux peuples, n'ayant porté aucune atteinte aux droits acquis entre particuliers, Selys a conservé le droit de faire juger le procès*

[1] On vient de voir, au nº 216, que les usages locaux ne serviraient point de règle, au moins en France; qu'il y faut l'autorité des lois politiques ou des traités.

pendant entre les parties dans l'état où il se trouvait. »

Les héritiers Champigny se pourvurent en cassation contre cet arrêt; ils opposaient des moyens puisés dans le droit des gens, qui ne pouvaient tenir contre les principes de droit public et politique, énoncés dans l'arrêt de la Cour d'appel de Liége; ils se fondaient encore sur d'anciens concordats prétendus passés entre les souverains respectifs des deux pays; mais l'application en était erronée. Ils invoquaient un usage de réciprocité entre les états Liégeois et la France, qui ne fut point établi. Enfin, quant au point essentiel dans la cause, qui consistait à savoir quel effet pouvait avoir, sur l'exécution d'arrêts de 1782 et 1783, rendus au parlement de Paris, la réunion des deux pays, qui leur était postérieure, ils disaient que les arrêts devaient être exécutés dans le pays liégeois, au moins, depuis sa réunion au territoire français. Par l'effet de cette réunion, disaient-ils, ils y sont devenus exécutoires de plein droit. L'obstacle qui en avait arrêté l'exécution a été levé. La différence de la domination française et de la domination liégeoise n'existant plus, *la justice doit donc reprendre son cours, comme s'il n'eût jamais été suspendu.*

M. Merlin, qui porta la parole, confirma les principes énoncés dans l'arrêt de la Cour de Liége; il modifia cependant ce qui avait été dit dans l'arrêt de cette Cour, par une différence qui consistait en ce qu'en France les jugemens rendus en pays étranger contre des Français, ne peuvent être revêtus d'un *pareatis;* qu'ils sont considérés comme non existans; que les parties qui les ont obtenus, ne peuvent en faire aucun usage; qu'il faut qu'elles viennent par nouvelle action, comme si rien n'eût été décidé dans les juridictions étrangères; au lieu qu'en Allemagne, le tribunal à qui l'on s'adresse, avec des lettres rogatoires, pour l'exécution d'un jugement rendu en pays étranger, peut permettre qu'il soit, en effet, exécuté dans son ressort; cependant il ne peut le faire *qu'après avoir pris connaissance de la justice et de la régularité de ce jugement.* Mais, comme l'observait très bien M. Merlin, l'une et l'autre manière de procéder ont *nécessairement le même résultat.*

En venant à la question relative à l'effet que devait avoir la réunion des deux pays, qui consistait à savoir si cette réunion devait avoir une rétroactivité, ce magistrat développa des idées, dont il est à propos de se pénétrer, sur cette matière importante et délicate, avec d'autant plus de raison qu'elles ont été adoptées par l'arrêt.

« Mais, disait-il, par l'effet de la réunion du pays de Liége à la France, les arrêts dont il s'agit sont-ils devenus exécutoires, de plein droit, dans ce pays? ou dans d'autres termes, la loi du 9 vendémiaire an 4, qui prononce cette réunion, peut-elle avoir un effet rétroactif? Non. Il en est de cette loi comme de toutes les autres; elle ne dispose que pour l'avenir : le passé est hors de son domaine; aussi ne s'en occupe-t-elle pas. Or, ne serait-ce pas la faire rétroagir sur le passé, que d'ôter au sieur Selys le droit qui était acquis avant la réunion, de ne pas exécuter, dans le pays de Liége, les arrêts rendus précédemment contre lui en France? Qu'on dise tant que l'on voudra, qu'il est aujourd'hui Français, et que ses biens, par cela seul qu'ils sont situés dans le pays de Liége, sont situés sous la souveraineté française : oui, sans doute, il est aujourd'hui Français, mais il ne l'est que relativement aux actes postérieurs à l'époque où il a été revêtu de cette qualité : oui, sans doute, ses biens sont aujourd'hui placés sous la souveraineté française, mais ils ne le sont que pour les effets subséquens à cette nouvelle position. En devenant Français, il a conservé toutes ses propriétés particulières; il les a conservées avec tous les droits qui les accompagnaient au moment de la réunion; il les a conservées avec toutes les actions qui lui appartenaient alors pour les réclamer; il les a conservées avec toutes les exceptions qui, à cette époque, les défendaient contre les attaques aux-

quelles elles pouvaient être en butte ; et, dès lors, il est évident qu'elles sont demeurées à l'abri des tentatives que l'on eût pu faire auparavant pour les lui enlever, en vertu des arrêts du parlement de Paris. »

Par l'arrêt de la Cour de cassation, le pourvoi fut rejeté. Pour abréger, je crois devoir ne rapporter que le motif qui concerne la question de rétroactivité de la réunion : « Considérant que la réunion postérieure (aux arrêts) du pays de Liége à la France, n'a apporté aucun changement aux droits acquis aux Liégeois; que *ceux-ci ont été réunis avec tous leurs droits, leurs actions et leurs exceptions;* d'où il résulte que le jugement attaqué ne contient aucune contravention aux lois. »

J'ajouterai seulement que l'on s'était fait contre Selys un moyen de ce que les poursuites, ou au moins certaines de ces poursuites, qui avaient donné lieu aux arrêts du parlement de Paris, de 1782 et 1783, avaient été de son fait ou de celui de ses auteurs. Mais il fut décidé par l'arrêt que cette circonstance était indifférente, et qu'elle ne portait aucun obstacle à l'exercice du privilége. « Attendu, est-il dit dans l'arrêt, que la famille Selys, liégeoise, obligée de plaider en France, puisqu'elle était demanderesse, et que son débiteur demeurait en France, n'a pas pour cela contracté l'obligation de subir sur ses biens et sa personne, à Liége, l'exécution des jugemens rendus en France. » En quoi cet arrêt est conforme à l'arrêt de la même Cour, du 18 pluviôse an 12, que j'ai rapporté aux n°s 207, 208 209 et 210, qui a écarté la même distinction.

219. Quant aux jugemens obtenus contre des Français, par des habitans d'un pays étranger qui a ensuite été réuni à la France, ce qui présente la question en sens inverse de la précédente, on sent que, par analogie, il faudrait décider que, s'il n'y avait pas eu de réciprocité établie entre la France et le pays étranger qui lui aurait été réuni, la réunion des deux états se serait faite *avec tous leurs droits, leurs actions et leurs exceptions : ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Il existe, à ce sujet, un arrêt de la Cour de cassation, du 21 novembre 1809, qui semblerait avoir jugé le contraire. Mais il est essentiel de remarquer qu'il n'a pas jugé la question en thèse; il a été rendu par des motifs particuliers, qui ne dérogent point aux principes admis par ceux rendus précédemment. Il est très utile de le connaître, soit parce que, comme je l'ai déjà dit, ces questions ne sont pas encore épuisées, soit parce que l'arrêt en lui-même peut encore guider sur l'application des principes généraux de la matière.

Les faits sur lesquels cet arrêt est intervenu, avaient donné lieu à une discussion extrêmement étendue. La raison en est que les parties n'avaient pas d'idées précises sur les moyens auxquels la contestation pouvait se réduire. Je m'allongerais bien inutilement si je voulais rapporter toute cette discussion. La tâche essentielle que je doive m'imposer, est de lui donner de justes bornes, et de présenter nettement ce qui a été jugé; car, pour le bien concevoir, il faut encore quelque attention.

Le 23 janvier 1806, le sieur *Montz* avait été exproprié d'une maison située à Paris, sur la poursuite du sieur Sellon d'Allamans, négociant à Genève. Plusieurs créanciers inscrits se présentèrent à l'ordre, notamment le sieur *Sellon* et les sieurs *Tourton* et *Ravel*, banquiers à Paris. Ceux-ci étaient créanciers de *Montz* de sommes considérables, en vertu de jugemens du tribunal de commerce de la Seine, confirmés par un arrêt de la Cour royale de Paris. Ce qu'il est essentiel de faire observer, c'est que la date de leur hypothèque était fixée au 7 thermidor an 7.

Il est important de remarquer que le titre de créance du sieur Sellon était une obligation de 50,000 francs, passée devant notaire à Genève, le 24 avril 1792, et, de plus, qu'il était créancier inscrit antérieurement aux sieurs Tourton et Ravel.

La réunion de Genève à la France avait été faite par traité du 7 floréal an 6, confirmé par un décret du 28 du même mois. (On voit ce traité de réunion, à cette dernière date, au Bulletin des lois.) On ne cite pas précisément, dans le récit des faits, la date de l'inscription du sieur Sellon, mais on ne peut douter qu'elle ne fût prise après la réunion et après la promulgation de la loi du 11 brumaire an 7, et toujours antérieurement à celle des sieurs Tourton et Ravel.

Ceux-ci contestèrent la préférence réclamée par le sieur Sellon, sur le fondement que son obligation ayant été passée en pays étranger, n'emportait pas hypothèque sur des biens situés en France.

Le sieur Sellon se défendit par plusieurs moyens. J'abandonne ceux qui étaient opposés sans fondement, tels que celui qui consistait à soutenir que cette obligation, quoique de 1792, avait dû, dès cette époque, porter hypothèque de droit sur les biens de France, ce qui était contraire aux principes; ou que si ce n'eût pas été de droit, c'eût dû être, parce qu'il y avait eu entre les deux pays une réciprocité établie, dont le résultat était qu'il avait pu prendre une inscription *de plano*, ce qui n'était point prouvé. J'en viens à son moyen le plus important, qu'il puisait dans les dispositions des art. 1er et 7 du traité de réunion, du 7 floréal an 6.

Art. 1er. « Les Genevois, tant ceux qui habitent la ville et le territoire de Genève, que ceux qui sont en France ou ailleurs, sont déclarés *Français nés*.

Art. 7. « Tous les actes publics, soit judiciaires, soit notariés, tous les écrits privés et les livres des négocians ayant date certaine antérieurement à la ratification des présentes, *auront leur force et sortiront tout leur effet suivant les lois de Genève*. Les ventes judiciaires, connues sous le nom de subhastation, qui auraient été commencées avant ladite ratification, seront terminées suivant les mêmes lois. Tous ces actes et écrits ne seront soumis à aucun droit résultant des lois françaises, etc. »

Le sieur Sellon présentait ces articles dans le sens que, d'après la réunion, les titres qui émanaient des autorités de Genève, quelle qu'en fût la date, devaient avoir eu leur effet sur les biens de France, à compter de cette même date, et non pas seulement à compter de la réunion. Il résulte, disait-il, des dispositions de ces articles, que les actes publics passés à Genève, avant la réunion, sont devenus *authentiques* dans toute la France, dès le moment de la ratification du traité de réunion; qu'ils ont dû y produire les mêmes effets qu'ils auraient produits à Genève, et que, réciproquement, les actes publics passés en France avant la réunion, qu'elle qu'en fût la date, ont dû après la réunion, produire, dans le territoire genevois, les mêmes effets que la loi leur accordait dans le territoire français.

Cette assertion ainsi présentée, dans cette généralité d'idées, offrirait les plus grandes difficultés. Le sieur Sellon aurait pu, sans blesser son intérêt, s'en tenir à avancer que les actes passés à Genève avaient dû avoir leur effet, quant à l'hypothèque, au moins à compter de la réunion, de la même manière que si ces actes avaient été passés après cette réunion; au lieu que de la manière dont il s'exprimait, il semblait donner à la réunion un effet rétroactif à la vigueur des actes, sous le rapport même de l'authenticité, à compter de la date même des titres. Sous le point de vue de la restriction de l'effet des titres au jour de la réunion seulement, il conservait tous ses avantages, parce que tous ses titres étaient antérieurs à ceux des sieurs Ravel et Tourton, les titres de ceux-ci étant d'une date postérieure à la réunion, leur inscription étant également postérieure; tandis que l'inscription du sieur Sellon avait été prise après la réunion, mais avant celle des sieurs Tourton et Ravel. Il conservait encore tous ses avantages, par la raison que, par l'acte de 1792, le sieur Montz avait obligé *tous ses biens*, ce qui, d'après la législation de Genève, conforme aux lois romaines et à celles de France, les pays de nantisse-

ment exceptés, emportait de droit hypothèque généralement sur tous les biens du débiteur. Cette hypothèque avait lieu sans une stipulation précise; elle devenait, par le seul ministère de la loi, un accessoire de l'obligation.

L'affaire ayant été portée au tribunal civil de la Seine, devant lequel l'ordre avait été ouvert, ce tribunal reconnut que les actes passés en pays étranger n'emportaient pas hypothèque en France, et que la réciprocité dont se prévalait le sieur Sellon n'était nullement établie. Mais il pensa que, par l'effet de la réunion de Genève à la France, les actes et jugemens passés et rendus à Genève avaient été investis de la même force d'exécution qui existait en France, antérieurement à la réunion; que tel était le sens et l'esprit de l'art 7 du traité du 7 floréal an 6, et que par conséquent, l'inscription prise par le sieur Sellon, depuis la publication faite dans le pays genevois, des lois sur le régime hypothécaire, en vertu d'un acte notarié, passé à Genève avant la réunion, devait produire son effet dans toute la France. Ce tribunal ordonna, en conséquence, par jugement du 30 août 1806, que le sieur Sellon serait, pour la créance établie par cet acte, colloqué *à la date* du 7 floréal an 6, époque de la réunion de Genève à la France.

Sur l'appel de ce jugement, la Cour royale de Paris pensa que la réunion de Genève à la France n'avait rien changé, pour le temps antérieur, à la situation des Genevois; qu'elle leur avait communiqué tous les droits de citoyens français *pour l'avenir;* mais que, *pour le passé*, elle avait laissé subsister en tout point leur ancien état, sans y rien ajouter, sans en rien retrancher; et que c'est là tout ce qu'avait voulu l'art. 7 du traité de réunion, du 7 floréal an 6, sanctionné par le décret du 28 du même mois. En sorte que cette Cour, par arrêt du 4 août 1807, infirma le jugement, et déclara nulle et sans effet l'inscription prise par le sieur Sellon, en vertu de l'acte passé à Genève.

On aperçoit, d'après cet arrêt, que la question relative à l'interprétation du traité de réunion, du 7 floréal an 6, n'avait pas été approfondie. Il s'agissait d'examiner s'il résultait de ce traité que les titres passés à Genève, avant la réunion, dussent être considérés comme *authentiques*, et si cette authenticité, une fois conférée, n'avait pas dû prendre son effet au moins à dater de la réunion, si l'on pouvait voir dans cet ordre de choses une rétroactivité.

Sur le pourvoi contre cet arrêt, il fut cassé, après un long délibéré en la chambre du conseil. Je donnerai des idées suffisantes sur l'arrêt, en rapportant seulement quelques-uns de ses motifs.

« Considérant que, pour la conservation des hypothèques préexistantes, et notamment des hypothèques générales sur les biens présens et à venir du débiteur, dans les lieux où elles étaient admises par les lois anciennes, les art. 37, 38 et 43 de la loi de brumaire, n'ont exigé que leur inscription dans les formes et dans les délais qu'ils ont prescrits; — Que par l'acte notarié, passé à Genève, le 24 août 1792, *Montz* a promis de restituer à *Sellon* la somme de 50,000 fr., *sous l'obligation de ses biens;* — Que cette clause conférait au créancier l'hypothèque générale sur tous les biens présens et à venir du débiteur, aux termes de la pénultième, au Code *quæ res pignori obligentur;* — Que si l'acte passé à Genève, et la stipulation qu'il renferme, licite et valable en soi, était inefficace ou incomplète pour produire une hypothèque sur les biens présens et à venir du débiteur, situés dans l'ancienne France, *en ce que l'acte n'avait point encore, relativement à ces biens, le caractère d'authenticité nécessaire à cet effet, cet obstacle a cessé dès le moment où l'acte en question a dû être considéré comme authentique en France; soit par l'effet de la réunion de la république de Genève à la France, soit en vertu des art.* 1 *et* 7 *du traité de réunion;* — Qu'en *interprétant* ainsi les articles, *on ne les fait pas rétroagir au préjudice de droits antérieurement acquis aux défendeurs* (Tourton et Ravel), *puisque*

leurs titres sont postérieurs à la réunion ; — Que eëtte *interprétation* ne tend point à altérer la convention des parties, ni à lui donner plus d'étendue ; *car l'acte passé à Genève emportait hypothèque sur tous les biens présens et à venir du débiteur ;* — Qu'il suit de là, qu'en décidant que l'acte du 24 avril 1792 n'avait pu conférer d'hypothèque sur la maison située à Paris, *à compter du traité de réunion des deux états, et qu'en conséquence le demandeur* (Sellon) *n'avait pu prendre d'inscription*, l'arrêt dénoncé a violé les art. 1 et 7 du traité, et, par suite, les art. 37, 38 et 43 de la loi de brumaire an 7. »

On voit que cette décision a été uniquement motivée sur l'existence du traité de réunion, du 7 floréal an 6, et sur l'interprétation qu'il s'agissait de donner à ce traité. En sorte qu'on peut dire que si on avait pu faire abstraction de ce traité et de son interprétation, la décision de la Cour de cassation eût été semblable à celle de l'arrêt du 18 thermidor an 12, rendu entre une famille française et une famille liégeoise ; et les motifs de l'arrêt du 21 novembre 1809, indiquant qu'il y fut fait une exception au principe précédemment établi, à raison des circonstances particulières, il s'ensuit une nouvelle confirmation de ce principe. Je dois observer que la Cour d'appel de Rouen, à laquelle le jugement de l'affaire fut renvoyé par la Cour de cassation, rendit un arrêt dans le même sens, le 28 juin 1810. Voyez Denevers, *an* 1809, *pag.* 518, et *an* 1810, *pag.* 141, *au suppl.*

Mais je dois faire remarquer qu'il est possible que les affaires de la nature de eelles dont il s'agit dans ee n° et dans le précédent, présentent des circonstances qui seraient susceptibles de l'application de l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 avril 1819, dont j'ai parlé au n° 208, lequel arrêt a apporté une modification importante à la jurisprudence qui s'était formée auparavant ; et dans ee cas, on devrait combiner les conséquences de cet arrêt avec les espèces qui se présenteraient, et auxquelles l'application pourrait s'en faire [1].

220. Il résulte de ce qui vient d'être dit, que les hypothèques qui, pendant la durée de la réunion à la France d'un pays étranger, ont été acquises et conservées sur les biens respectifs des deux états, ont dû rester avee tous leurs effets, même après la séparation politique des deux pays. Une hypothèque une fois acquise en vertu des lois, ne peut être détruite par un fait postérieur indépendant de la volonté des parties intéressées. Ce que la réunion a opéré ne peut être détruit par la séparation. On a déjà vu que, dans le principe général, la réunion n'a point dû avoir d'effet rétroactif ; et on sent que la séparation ne doit pas en avoir davantage. La justice et l'intérêt général des citoyens de chacun des deux états qui ont été réunis et ensuite séparés, commandent spécialement l'application du principe qui repousse les rétroactivités, toujours odieuses.

221. Sur une question qui est analogue à celle que je viens de traiter, et qui se rattache aux mêmes principes, on voit dans le recueil de Sirey, *tom.* 18, 2e *part.*, *pag.* 172, une décision portée par un arrêt de la Cour royale de Paris, du 29 mars 1817, qui n'est pas sans diffieulté. Cet arrêt a jugé, entre la duchesse de Mortemart et le marquis de Croza, qu'un arrêt entre eux rendu en la Cour d'appel de Gênes, le 20 juillet 1812, confirmatif d'un jugement du tribunal de première instance de la même ville, du 11 juin 1804 ; devait être considéré comme un arrêt qui eût été rendu dans un pays absolument étranger à la France, quoique, à cette époque du 20 juillet 1812, la ville de Gênes et son territoire fussent réunis à la France, et que la Cour royale de cette

[1] Si on avoit besoin de connaître les époques des réunions des pays étrangers à la France, et celle de la promulgation des lois françaises qui y aurait été faite, ce qui mènerait à savoir de quel jour la législation française, et notamment le régime hypothécaire, y eût été en vigueur, on trouverait dans le Traité des privilèges et hypothèques, de M. Favard, tit. 3, pag. 292, des notions très utiles à ce sujet

ville fût alors Cour française, à l'instar de toutes les autres. En conséquence, l'arrêt de la Cour royale de Paris, en infirmant le jugement du tribunal de première instance de la Seine, décharge la duchesse de Mortemart des condamnations contre elle prononcées; déboute le marquis de Croza de sa demande à fin de continuation de poursuites, sauf à lui à se pourvoir, s'il le juge à propos, par action nouvelle, devant le tribunal français compétent. Les plus graves difficultés se font sentir sur cette décision : l'arrêt est motivé sur ce que, par la réunion du pays génois au Piémont, la Cour de Gênes est devenue, par rapport à la France, un tribunal étranger, dont les jugemens ne peuvent désormais s'exécuter que par l'autorité du souverain actuel, et seulement sur les terres de sa domination; que le système du marquis de Croza, qui poursuivait l'exécution de l'arrêt, tendait à renverser entièrement le principe de l'indépendance des nations et de leur territoire.

Il est bien vrai qu'après l'arrêt de la Cour de Gênes, du 20 juillet 1812, la Ligurie devint étrangère à la France, dès l'instant de sa réunion au Piémont; mais elle ne l'était pas au 20 juillet 1812, et de là il semblerait résulter que c'est la seule époque qu'on doive considérer pour se déterminer. Alors la Ligurie faisait partie intégrante des états de France, les Liguriens étaient Français comme les sujets de l'ancienne France, sans qu'on doive s'arrêter, pour la question dont il s'agit, aux moyens par lesquels la réunion de la Ligurie à la France s'était opérée, moyens dont on peut faire ici abstraction. Les Génois et les Français étaient soumis au même gouvernement, aux mêmes lois. Puffendorf, *Droit de la nature et des gens, traduction de Barbeyrac, liv.* 7, *chap.* 5, § 17, dit que *lorsqu'un royaume devient une province d'un autre, les deux états alors n'en font plus qu'un.* On pourrait conclure de là que des arrêts de la Cour de Gênes, qui se rendaient à cette époque, soit entre des Génois, soit entre des Génois et des Français, doivent les lier tous indistinctement, et que, si l'on voulait rétracter ces arrêts, de la même manière que ceux qui seraient rendus aujourd'hui dans des pays étrangers, respectivement à la France, ce serait donner à la réunion de la Ligurie au Piémont une véritable rétroactivié, ce serait détruire l'autorité de la chose jugée, et ébranler les fortunes des particuliers qui ont soumis de bonne foi leurs contestations à des tribunaux dont la compétence ne pouvait alors faire la matière d'un doute.

J'ai vu opposer, pour la duchesse de Mortemart, que la révision de l'arrêt devait avoir lieu comme pour un arrêt qui serait actuellement rendu en pays étranger, par cela seul que le jugement confirmé était de 1804, c'est-à-dire antérieur à la réunion de la Ligurie à la France. Mais cette circonstance paraît indifférente, parce que le droit acquis résultait de l'arrêt du 20 juillet 1812 : aussi ne voit-on pas ce motif dans l'arrêt de la Cour royale de Paris. On se fondait sur ce que tous arrêts et actes des pays étrangers ne peuvent être exécutés en France, que sous l'autorité et du commandement du roi. Il n'y a certainement rien de plus vrai, et c'est une doctrine que tous les Français se feront honneur de professer. Mais comme cela a été dit dans le jugement du tribunal civil de la Seine, le mandement qui est donné aux agens directs de l'exécution, ne peut être soumis aux tribunaux que pour la contestation qui s'élève sur le moyen d'exécution, mais nullement sur le mérite de la chose jugée.

Il est cependant essentiel de remarquer que, dans l'espèce dont il s'agit, la dame de Mortemart s'appuyait sur un arrêt de la Cour de cassation, du 18 juin 1815, rendu sur son pourvoi dirigé contre l'arrêt de Gênes, du 20 juillet 1812, et que la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi, « attendu que le pays gênois était désormais étranger à la France. » Si l'arrêt de la Cour de Gênes, disait-on pour la duchesse de Mortemart, a été placé par la Cour de cassation, hors des attributions de la juridiction française, il ne peut être exécuté dans l'étendue de cette juridiction.

Mais que conclure de cette circonstance?

C'est qu'à l'occasion de la question principale que je traite, il s'en élève une incidente, qui est vraiment délicate et embarrassante. Lorsqu'il existe des arrêts rendus par des Cours de pays qui étaient incorporés à la France, et qui ont cessé de l'être, contre lesquels il y a eu des pourvois en cassation sur lesquels il n'a point été statué, il s'agit de savoir comment ces pourvois doivent recevoir une décision. Cette difficulté est considérable, sans doute ; et elle est telle qu'on pourrait dire qu'elle ne peut être levée que par une législation sur ce point. Il faut même convenir que cette difficulté pouvait faire arrêter ou suspendre une décision sur la demande du marquis de Croza. Mais ce n'est pas positivement la question que je traite. Supposons que des jugemens ou arrêts rendus par des tribunaux réunis à la France, et qui en ont été séparés, aient acquis l'autorité de la chose jugée ; qu'ils soient absolument inattaquables, parce qu'on aurait laissé passer les délais de l'appel ou du pourvoi en cassation, ces jugemens ou arrêts doivent-ils, ou non, être considérés, dans l'état actuel, comme ayant été rendus par des tribunaux étrangers ? Or, la Cour royale de Paris s'est décidée pour l'affirmative ; et on conjecture assez facilement que l'arrêt de la Cour de cassation, du 18 juin 1815, a été rendu dans cet esprit. Mais c'est le cas de douter, la question étant surtout réduite aux termes dans lesquels je viens de l'exposer. On sent que la difficulté peut se présenter relativement à des arrêts rendu par d'autres Cours qui ont été pour la France ce qu'était celle de Gênes.

222. La législation relative à l'exécution, en France, des jugemens rendus en pays étrangers, entre un habitant de ces pays et un Français, m'a paru susceptible de réflexions utiles. J'ai renvoyé à le faire en ce moment, pour ne pas interrompre l'exposition que j'ai faite des progrès de la jurisprudence sur cette matière. Ces réflexions concernent plus le législateur que les magistrats et les jurisconsultes.

Les variations qui se font remarquer dans notre législation à ce sujet, et dont j'ai présenté le tableau, suffisent seules pour prouver qu'on n'était pas dans une voie sûre. Un changement continuel de position prouve le désir d'être mieux. La disposition de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, qui n'accordait la révision du jugement qu'au Français, n'étant conçue que dans l'esprit d'un intérêt national, blessait les premières règles de la justice. Lorsqu'il a été question de réformer cette législation, ce qu'on a voulu faire par l'art. 2123 du Code civil, il se présentait deux partis à suivre. L'un était la stabilité absolue et indéfinie des jugemens rendus en pays étranger, entre un Français et un citoyen de ce pays étranger ; l'autre était la faculté réciproque de demander la révision de ce jugement. On est fondé à dire, d'après l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 avril 1819, rapporté au n° 208, que c'est ce système de réciprocité qui a été adopté par le Code civil. Il est bien vrai qu'on a voulu se régler par les lois politiques et par les traités ; mais ce parti, qui est comme mitoyen entre les deux extrêmes dont je viens de parler, est purement hypothétique, puisqu'il peut n'y avoir ni lois politiques, ni traités. La législation est donc réduite à ces termes, qu'il faut suivre la réciprocité établie, de gouvernement à gouvernement, par les lois politiques ou les traités, et que, s'il n'y en a point, la faculté de demander la révision du jugement en France, devient commune à l'étranger comme au Français.

Il est impossible de ne pas apercevoir, dans l'une et l'autre de ces deux dernières mesures, de graves inconvéniens. Quant à la première, qui est la réciprocité des droits politiques accordés, de gouvernement à gouvernement, aux sujets de chaque puissance, l'expérience apprend que l'étude et la connaissance des lois politiques et des traités présentent un champ couvert d'épines et d'écueils, qui font souvent le désespoir des hommes les plus habiles. Ces traités se croisent et se neutralisent par des clauses et par des réserves qu'il n'est pas toujours aisé d'aprécier et même d'apercevoir.

A l'égard de la second mesure, qui est

celle de la faculté réciproque, accordée au Français et à l'étranger qui ont plaidé, de réclamer la révision du jugement en France, lorsqu'il n'y a pas de lois politiques ou des traités par lesquels on puisse se régler, on sent facilement les embarras auxquels elle donne lieu. La position du Français qui est obligé d'exercer en pays étranger une action contre un citoyen de ce même pays étranger, est extrêmement pénible. Il agit avec l'idée que les soins qu'il aura pris, que les efforts qu'il aura faits pour l'exposition et le soutien de ses droits seront toujours vains, quelle que soit l'issue de son action relativement aux biens que son adversaire aura en France. On voit là une instabilité de décisions judiciaires, qui mène à une involution de procès souvent même interminables, par la difficulté de se procurer en un pays les preuves qui auraient été acquises dans l'autre. Tous ces inconvéniens sont dignes de fixer l'attention du gouvernement.

On est naturellement porté à désirer une législation qui ferait disparaître le système de réciprocité dans l'observation des lois politiques et des traités, ainsi que celui de la faculté réciproque de se pourvoir en révision du jugement en France; une législation dont le résultat serait la stabilité parfaite et irrévocable des jugemens rendus en pays étranger, considérés au moins comme obligations. On sent, en effet, que relativement à l'hypothèque et à la force exécutoriale en France, il y aurait des mesures à prendre; mais on sent combien, sous ce rapport, ces mesures deviendraient simples, et combien elles seraient restreintes dans leur effet et dans leur exécution. La force de la chose jugée subsisterait toujours. En prenant le parti que je viens d'indiquer, ce serait entrer dans les vues morales, politiques et de droit public.

D'abord, on ne doit pas considérer sous le même point de vue les décisions des tribunaux étrangers, et les actes qui émaneraient directement d'une puissance étrangère. L'exécution d'ordres ou actes d'autorité arbitraires, de la part d'un souverain, dans un territoire soumis à une autre puissance souveraine, et contre le gré de cette puissance, serait évidemment intolérable, et devrait être repoussée par tous les moyens qui sont au pouvoir des souverains. Mais les décisions des tribunaux étrangers, légalement institués, rendues régulièrement, ont bien un autre caractère aux yeux des souverains et des nations. Un magistrat qui portait la parole, à l'occasion d'un des arrêts que j'ai déjà cités, disait très judicieusement : « Autant la politique varie d'état à état, autant la justice est immuable; partout elle a pour objet d'établir l'ordre, de faire respecter les conventions, de réprimer la fraude, et de rendre à chacun ce qui lui appartient. Tandis que la politique ne consulte que les intérêts, la justice n'admet dans sa balance que ce que la raison peut approuver. La mesure des différences qui existent entre l'une et l'autre est de toute la profondeur de l'abîme qui sépare ces deux choses, *force* et *justice*. Il est donc dans la nature des choses, que l'autorité absolue n'excite que de la résistance, tandis que la justice se concilie partout le respect et la soumission; et voilà pourquoi les actes d'autorité d'une puissance ne sont pas tolérés dans les états d'une puissance étrangère, tandis que les œuvres de la justice, marquées du sceau de la sagesse, parcourent la terre sans rencontrer d'obstacles. »

D'un autre côté, tous les individus ne sont-ils pas également soumis aux tribunaux établis dans le pays où ils font leur résidence? On peut rappeler, à cet égard, le principe enseigné par Loiseau, *Traité des seigneuries souveraines*, *chap.* 2, *n°* 40: « Le sujet naturel d'un prince souverain, dit cet auteur, allant résider hors sa souveraineté, n'est plus son justiciable par effet, d'autant que la justice et la seigneurie publiques suivent le territoire et *demeurance des personnes*. » Ce principe est adopté par de Réal, *Science du gouvernement*, *tom.* 5, *pag.* 164. Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, *traduct. de Barbeyrac*, *liv.* 2, *chap.* 11, § 4, *n°* 4, dit que les réglemens, qui tiennent aux lois civiles d'un pays, ont lieu dans les affaires

même qui se contractent *entre un étranger et un citoyen;* parce que quiconque traite dans les terres d'un autre état, est tenu, *comme sujet à temps de cet état*, de se soumettre aux lois du pays. Mais ce qui est plus remarquable, c'est que ces principes sont confirmés par Montesquieu, *Esprit des lois, liv.* 22, *chap.* 21, où il explique ce qui tient aux lois politiques, et ce qui est du ressort du droit des gens. « Les lois politiques, dit cet illustre publiciste, demandent que tout homme soit soumis aux tribunaux criminels *et civils du pays où il est*, et à l'animadversion du souverain. » La crainte qu'un état de guerre qui surviendrait entre la France et la nation chez laquelle le Français serait obligé de plaider, ne produisît des passions nuisibles à l'administration de la justice, qui a pour principale base une stricte impartialité, cette crainte, dis-je, plus chimérique que réelle, ne peut justifier un état de choses, dont l'effet le plus certain est d'éterniser tout procès qu'un français aura contre un étranger. La guerre de nation à nation altère rarement l'impartialité des vrais magistrats et des hommes de bien, lorsqu'il s'agit de prononcer sur les différens d'entre les sujets des puissances belligérantes. Les souverains eux-mêmes en ont donné des exemples éclatans, lorsque les intérêts du trésor public entraient en lutte avec des intérêts privés, à l'égard des sujets des puissances avec lesquelles ils étaient en état de guerre.

Que l'on ait voulu que des étrangers ne pussent recueillir en France des successions de leurs parens français, des dispositions faites par donations et testamens, qu'autant que, d'après des lois ou d'après des traités politiques de gouvernement à gouvernement, le Français qui serait dans la même position, aurait les mêmes avantages dans le pays de ces étrangers, cela se conçoit. Il est question là de *droits civils* bien plus importans que ne le sont des intérêts purement personnels; il s'agit de l'intérêt d'un état sur lequel la politique a dû particulièrement veiller. Un état qui souffrirait que des étrangers s'enrichissent de biens et de capitaux qui seraient pris dans son sein, et transportés, en nature et en valeurs réalisées, dans les pays de ces étrangers, éprouverait évidemment un préjudice, si, par réciprocité, le citoyen de cet état n'avait pas, dans les mêmes circonstances, un avantage égal dans les pays des étrangers qui se présenteraient pour recueillir, soit des successions, soit des dispositions à titre gratuit.

Mais ces principes peuvent-ils s'appliquer au cas où il s'agit de la stabilité de jugemens rendus en pays étrangers entre un habitant de ces pays et un Français? Peut-on y voir les mêmes motifs? n'est-ce pas un ordre de choses tout différent?

223. Pour suivre l'ordre que je me suis fait de m'expliquer sur la réduction de chaque hypothèque, après avoir traité de chacune d'elles, je dois dire actuellement un mot sur la réduction de l'hypothèque judiciaire.

La réduction peut en être demandée par le débiteur; tel est le résultat de l'article 2161 du Code civil. Cet article accorde ce droit toutes les fois que le créancier aurait la faculté de prendre des inscriptions sur les biens présens ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation convenue. Or, cette faculté est inhérente à l'hypothèque judiciaire. Les articles suivans prescrivent les formes à suivre pour faire ordonner la réduction, comme pour tous les autres cas où elle doit avoir lieu.

Mais peut-on demander la réduction pour les hypothèques judiciaires anciennes? La négative est hors de doute. Je dis au n° 189, que la réduction ne pourrait être réclamée relativement aux anciennes hypothèques conventionnelles, qui étaient générales; et il y a même raison de se décider à l'égard des hypothèques judiciaires. Le jugement établit en faveur du créancier, le même droit que la convention. L'hypothèque suit, quant aux effets, la législation sous laquelle elle a été établie.

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES.

SOMMAIRE.

224. *Définition de l'hypothèque légale. Idées générales sur les cas où elle a lieu.*

224. Il est dit dans l'art. 2117 du Code civil, que l'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi : de là il se tire la conséquence que, pour que l'hypothèque tacite ou légale existe, il n'est nécessaire, ni de stipulation, ni de jugement de condamnation. Néguzantius, *de pign. et hyp.*, 1° *memb°* 2° *partis*, n° 1er, en a donné une définition exacte. *Et primò præmitte quòd tacita hypotheca dicitur, illa quæ est introducta ex dispositione legis seu statuti, à partibus non expressa.*

Il y a des différences notables entre la législation ancienne et la nouvelle, relativement aux hypothèques légales. Cette différence prend sa source dans le principe de la publicité de l'hypothèque. L'intérêt des tiers exigeant cette publicité qui, sous ce rapport, est devenue d'intérêt public, il fallait restreindre, autant qu'il était possible, les cas où l'on serait dispensé de rendre l'hypothèque publique. Ainsi, sous l'ancienne législation, l'hypothèque légale existait, non seulement en faveur des femmes mariées sur les biens de leurs maris ; des mineurs, des interdits, sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs comptables ; mais encore en faveur des légataires, sur les biens du défunt, et des copartageans, pour les *soultes* ou retours en partage. La même hypothèque légale était encore accordée contre certains administrateurs comptables, et contre des officiers revêtus de charges publiques, pour la sûreté des parties intéressées, à raison de fautes ou de prévarications commises dans l'exercice des fonctions. Elle était admise pour les dommages-intérêts résultant des crimes et délits. On peut voir l'énumération des cas où cette hypothèque légale avait lieu, dans le *Traité de la vente des immeubles, par* d'Héricourt, *chapitre* 11, *sect.* 2, *n°* 19, *jusques et compris le n°* 28. Basnage s'en est expliqué dans plusieurs passages. Le droit romain avait encore admis l'hypothèque tacite ou légale, dans plusieurs autres cas particuliers ; mais ses dispositions à cet égard n'étaient suivies que sur les points sur lesquels les lois et les coutumes étaient conformes, et sur lesquels il y avait une jurisprudence constante des Cours. J'aurai occasion d'en parler dans la suite.

Ce n'est pas que notre législation actuelle n'ait admis quelques-unes de ces hypothèques légales, telles, par exemple, que celles relatives aux legs et aux soultes ou retours en partage. Mais d'après les art. 2109 et 2111 du Code civil, les droits relatifs à ces deux objets sont plutôt des priviléges que des hypothèques légales. Il y a différence dans l'origine des droits, et dans les règles par lesquelles ils doivent être conservés. J'en parlerai dans le chapitre des priviléges. Le trésor public a aussi, tout à la fois, et des priviléges et des hypothèques légales, On sent que chaque chose doit être traitée en son lieu.

Il existait encore une hypothèque légale en faveur des absens, contre les administrateurs de leurs biens. Cette jurispru-

dence avait même été admise, et avait reçu la force législative, par l'art. 21 de la loi du 11 brumaire an 7. Mais, dans la législation nouvelle, cette hypothèque légale a disparu. La raison s'en trouve dans la différence de cette législation, respectivement à l'ancienne. Si l'on combine plusieurs articles du titre du Code civil, *de l'absence*, et notamment les art. 120, 123 et 127, on voit que la loi, en établissant, dans différens cas, la nécessité de donner des cautions, a suffisamment pourvu à la sûreté des restitutions qui seraient à faire aux absens. D'ailleurs, ces restitutions sont souvent subordonnées à des conditions qui, lorsqu'elles arrivent, font évanouïr l'obligation de restituer. Enfin, il était important de restreindre le nombre des hypothèques légales. Il n'est pas inutile de remarquer que le droit romain, duquel les hypothèques tacites ou légales tirent leur origine, faisait une différence relativement aux priviléges entre les absens, de même qu'entre ceux qui avaient été faits prisonniers de guerre chez les ennemis, et les mineurs et interdits. C'est ce que l'on voit dans la loi 22, ff. *de reb. auct., jud. poss.*

Si l'on fait bien attention à l'esprit de notre législation sur les hypothèques légales, on est convaincu que cette espèce d'hypothèques n'a été proprement admise que pour les gestions ou administrations sujettes à comptabilité, dont l'existence devenait nécessaire dans l'intérêt de la société. Tout le reste a plutôt un caractère de créances qui ne sont cependant pas ordinaires, qui, selon le plus ou moins d'intérêt qu'elles méritent, ont obtenu, dans l'esprit du législateur, plus ou moins de privilége et de faveur. Telle est l'idée que présente l'article 2121 du Code civil. « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont ceux des femmes mariées sur les biens de leurs maris; ceux des mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs; ceux de l'état, des communes et des établissemens publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. « Voilà les trois espèces d'hypothèques légales, proprement dites, établies par le Code. Elles sont toujours légales, quoique les moyens de les conserver varient, quant aux formes de l'inscription, et encore relativement à la nécessité ou à l'affranchissement de l'inscription même. On doit se garder de toutes méprises qui tendraient à multiplier le nombre des hypothèques légales. Il faut les restreindre aux faits auxquels elles ont été appliquées par la loi, et de plus, aux personnes contre lesquelles elles ont été établies, et encore à celles en faveur desquelles elles l'ont été. D'où il résulte que les mineurs, les femmes, l'état, les communes, les établissemens publics seraient soumis à l'égard de toutes personnes, autres que celles indiquées dans cet article, aux lois générales en matière d'hypothèque.

Je vais donc m'expliquer sur les hypothèques légales, en suivant l'ordre établi dans l'art. 2121.

Je diviserai ce que je dois en dire, en trois sections.

Je traiterai, 1° de l'hypothèque légale des femmes sur les biens de leurs maris;

2° De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits sur les biens de leurs tuteurs;

3° Des hypothèques légales de l'état, des communes et des établissemens publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

SECTION Ire.

De l'hypothèque légale ou tacite des femmes sur les biens de leurs maris.

§ Ier.

Principes généraux sur cette matière.

SOMMAIRE.

225. *Principes du droit romain sur l'hypothèque légale.*

226. *Affinité de la légalité de l'hypothèque*

252. *Des engagemens de la femme mariée. Elle peut, sous le régime de la communauté, consentir à la radiation des inscriptions qu'elle aurait prises sur les biens de son mari.*

253. *La crainte de l'exercice de l'hypothèque légale de la femme ne peut servir de fondement à une inscription prise sur ses biens, lorsqu'elle serait elle-même garante de l'exercice de son hypothèque; elle peut alors en demander la radiation.*

254. *De la simple obligation contractée par la femme.*

255. *De la subrogation faite par la femme, à l'effet de son hypothèque légale.*

256. *Il y a deux sortes de subrogations, l'une expresse, l'autre tacite.*

257. *Observations relatives à la préférence accordée à la subrogation sur la simple obligation.*

258. *Règles à suivre sur le cas de la vente consentie solidairement par la femme et le mari.*

259. *Pour que des créanciers de la femme puissent toucher le montant de ses collocations, doit-elle être séparée de biens?*

260. *Le mari ayant vendu les immeubles dotaux de la femme sous le régime dotal, celle-ci peut-elle en réclamer le prix contre les créanciers du mari, et ne pas revendiquer ses biens vendus? Peut-elle exercer ses actions dotales par voie de collocation, du vivant du mari, sans être séparée de biens?*

261. *De quelques questions qui tiennent à la conciliation de l'ancienne législation avec la nouvelle, relativement aux engagemens des femmes mariées.*

262. *Du cas où le statut réel était en opposition avec le statut personnel, et de celui où on peut dire actuellement qu'un statut réel est aboli.*

263. *De l'hypothèque légale dans le cas du retour conventionnel, et d'une disposition à charge de rendre les biens.*

225. Cette matière est si importante, qu'elle a besoin d'être traitée très méthodiquement. Pour s'en pénétrer, il est indispensable de remonter aux principes du droit romain.

La légalité de l'hypothèque des femmes sur les biens de leurs maris, était inconnue sous les lois du digeste; elle tire son origine de la loi unique, au Code *de rei ux. act.*, qui fut reçue en France. Cette loi accordait cette hypothèque, sans qu'il fût nécessaire qu'il y eût une stipulation expresse; en sorte qu'elle existait tacitement, et par la seule force de la loi, à compter du mariage. La même hypothèque avait aussi lieu, et de la même époque, pour les avantages matrimoniaux, connus dans le droit romain, d'abord sous les expressions *donatio ante nuptias*, et ensuite *propter nuptias*, ainsi qu'on le voit aux Institutes, § 3, *de donat.* Les causes de ce changement de dénomination y sont expliquées. Dans le droit romain, il fut permis d'augmenter la dot après le mariage; mais pour cette augmention de dot, comme pour celle de la donation à cause de noces, qui pouvait se faire aussi, la loi 19, au Code *de donat. ant. nupt.*, *vel propter nupt.*, n'accorda l'hypothèque qu'à compter de leurs dates.

Mais l'empereur Justinien alla bien plus loin par la loi *Assiduis*, au Code *qui pot. in pignor.* En se fondant sur des raisonnemens plus dignes d'un rhéteur que d'un législateur, il voulut que l'hypothèque légale, au moins pour la dot, primât les hypothèques de tous les créanciers du mari, antérieurs au mariage, même quand ils auraient été privilégiés. Ce qui fait que Pothier, *Pandect.*, dit de cette loi : *Sanè iniqua prorsùs, et à juris principiis absonans, hæc lex meritò dicetur.* Mornac en parle avec improbation, sur la loi 16, ff. *de leg, et senat.* Et tout ce qu'on peut en dire, c'est ce qu'on lit dans la loi 20 du même titre, *non omnium quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.* Cette loi, en ce qui concernait cette antériorité d'hypothèques, a été généralement rejetée en France; elle n'a été suivie que dans

le ressort du parlement de Toulouse; encore ne fut-ce qu'avec des modifications assez nombreuses, qui furent introduites par la jurisprudence de ce parlement. Serres, *Instit. au dr. fr., pag.* 569 *et* 570, les explique avec précision. La plus essentielle est la faculté qu'avait tout créancier hypothécaire, antérieur au mariage, de conserver son hypothèque à sa date, par préférence à celle de la femme, en dénonçant sa créance à celle-ci, lorsqu'elle était fiancée, et avant la célébration du mariage. Enfin, c'est pour effacer absolument les traces d'une législation aussi extraordinaire, qu'il est dit dans l'art. 1572 du Code civil : « La femme et ses héritiers n'ont point de privilége, pour la répétition de la dot, sur les créanciers antérieurs à elle en hypothèque. »

226. La légalité de l'hypothèque, pour les droits mobiliers dotaux de la femme sur les biens du mari, avait trop d'affinité avec l'inaliénabilité de ses biens immeubles, qui avaient le même caractère, pour que l'une n'amenât pas l'autre. Toutes deux avaient pour objet la conservation des dots, et de prémunir les femmes contre les mesures que les maris pourraient prendre pour les dépouiller de leurs biens, et s'en enrichir eux-mêmes. La loi *Julia*, qui avait paru sous Auguste, et qui n'est connue que par les mentions qui en sont faites dans une foule de lois indiquées par Denys Godefroi, sur la loi unique, au Code *de rei ux.* § 15 (note B), n'interdisait pas à la femme d'une manière absolue l'aliénation de ses biens dotaux. Mais leur inaliénabilité, et l'interdiction de les hypothéquer pendant le mariage, furent déterminées d'une manière précise par cette même loi du Code. En se pénétrant de l'ancienne législation romaine, on voit que l'inaliénabilité des biens dotaux, et l'impossibilité de les hypothéquer de la part de la femme, étaient fondées sur ce que le mari était maître de la dot; qu'il avait droit d'en jouir, et que la femme ne pouvait le priver de ce droit. Mais si on suit les progrès de cette même législation, on est convaincu que, dans le droit romain nouveau, ce fut dans le seul intérêt de la femme qu'elle fut mise dans cet état d'interdiction, *ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam.* D'après les vestiges et les motifs de l'ancien droit, on avait quelquefois prétendu que la nullité de la vente du bien dotal, ou de l'hypothèque qui y était imposée, était seulement relative au mari auquel elle ne pouvait jamais préjudicier; que, lorsqu'il ne s'agissait plus de l'intérêt du mari, comme, par exemple, lorsqu'il était décédé, la femme ne pouvait s'en prévaloir, après le décès de son mari, à l'égard des tiers avec lesquels elle avait contracté. Mais cette prétention, contraire aux lois relatives à la matière, sainement entendues, a été rejetée par plusieurs arrêts, et notamment par un des plus remarquables, à ce sujet, rendu par le parlement de Toulouse, le 2 janvier 1637. Il est rapporté par d'Olive, *Quest. not., liv.* 3, *chap.* 29. Les arrêtistes en rapportent de semblables, rendus par d'autres parlemens de droit écrit. C'est aussi en ce sens que furent saisis les principes du droit romain par les Coutumes qui les admirent. La nullité des dispositions des biens dotaux pendant le mariage, par vente ou par hypothèque, faites avec ou sans le consentement de la femme, fut prononcée indistinctement. C'est ce qu'on voit notamment dans la Coutume d'Auvergne, qui est du nombre de ces coutumes, *tit.* 14, *art.* 3.

Dans la législation française, les mêmes principes sont suivis sous le régime dotal. Il n'en est pas de même sous le régime de la communauté. Ce régime emporte plus particulièrement avec lui l'idée d'une association entre les époux, sous le rapport de leur fortune et de leur industrie; tandis que le régime dotal est conçu, au contraire, dans l'idée d'une exclusion de cette association : la femme n'y a pas les avantages d'une associée, sous ce rapport. Aussi, le principe de l'inaliénabilité du bien dotal a reçu bien moins d'intensité sous le régime de la communauté, puisque le bien dotal peut y être vendu avec le consentement du mari. Sous le régime de la communauté, la fortune de la femme

peut être augmentée : sous le régime dotal, les biens de la femme restent les mêmes ; mais ils reçoivent de ce régime des moyens plus sûrs de conservation.

227. Le Code civil a admis des principes très différens, sous plusieurs rapports, de ceux du droit romain, relativement à la légalité de l'hypothèque des femmes. Cette différence tient, en grande partie, au système de la publicité de l'hypothèque, admise sous notre législation. Il a fallu concilier, sur cette légalité, la faveur due à la femme pour la conservation de ses droits, avec l'intérêt des tiers qui auraient contracté avec le mari. Un examen tout particulier devient indispensable, pour se former de véritables idées sur cette importante partie de notre législation.

Il est dit d'abord dans l'art. 2121 : « Les *droits* et *créances* auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont ceux des femmes mariées sur les biens de leurs maris ; ceux des mineurs et interdits, etc. » L'article 2122 porte que l'hypothèque légale frappe sur tous les biens présens et à venir du débiteur ; et il y est ajouté : « Sous les modifications qui seront ci-après exprimées. »

Quelle est la première conséquence qui doit résulter de l'art. 2121 ? C'est que la femme, pour tous ses droits sur les biens de son mari, a une hypothèque légale, c'est-à-dire, indépendante de l'hypothèque conventionnelle et de l'hypothèque judiciaire. Mais en même temps que la loi attribue cette légalité d'hypothèque à tous les droits de la femme, elle établit une grande différence entre eux, selon leur nature, et selon la nécessité de les faire connaître aux tiers qui contractent avec le mari, autant que cela est possible. Après avoir assujetti, dans l'art. 2134, toutes les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles, à l'inscription, à compter de laquelle les hypothèques prendraient seulement rang, elle établit, dans l'art. 2135, des exceptions à cette règle générale. L'un est en faveur des mineurs et interdits sur les immeubles de leurs tuteurs : cette hypothèque existe indépendamment de toute inscription, du jour de l'acceptation de la tutelle. L'autre exception est établie en faveur des femmes, et toujours indépendamment de toute inscription. Mais, à cet égard, la loi divise ses dispositions, non seulement sur les objets pour lesquels l'hypothèque légale doit avoir lieu, mais encore sur les époques auxquelles l'hypothèque doit remonter pour ces divers objets. En sorte que tous les droits des femmes jouissent de la faveur de la légalité de l'hypothèque ; mais, malgré cette hypothèque légale, tous ne jouissent pas également de la faveur d'être affranchis de la formalité de l'inscription. Autre chose est la simple légalité de l'hypothèque ; autre chose est l'affranchissement de l'inscription de cette même hypothèque. Voilà ce qu'il s'agit de discerner, pour bien connaître la loi.

Il y a un point essentiel à remarquer, qui est que cet art. 2135, en ce qui concerne les femmes, doit être appliqué distributivement aux mariages contractés sous le régime dotal, et à ceux contractés sous le régime de la communauté, dans toutes les parties dans lesquelles l'application peut leur en être faite. Il faut remarquer encore, à raison des différences considérables établies par la loi entre ces deux régimes, que le régime de la communauté a lieu de droit, à défaut de convention contraire, *art.* 1393 : et l'on voit, dans les art. 1391 et 1392, quelles sont les clauses dont la stipulation est nécessaire dans le contrat de mariage, pour que les époux soient réputés mariés sous un régime, ou sous un autre. Il faut de plus rapprocher de ces deux articles, les art. 1540 et 1541. Art. 1540 : « La dot, sous ce régime (dotal) comme sous celui du chap. 2 (régime en communauté), est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. » Art. 1541 : « Tout ce que la femme se constitue, ou qui lui est donné en contrat de mariage, est dotal, s'il n'y a stipulation contraire. » Ces deux derniers articles sont communs à tout régime quelconque : ainsi, tout ce que la femme se constitue, ou tout ce qui lui est donné en contrat

de mariage, est dotal de droit, s'il n'a été stipulé autrement.

Après ces observations préliminaires, descendons dans les distinctions de l'art. 2135. L'hypothèque affranchie de l'inscription a lieu, à compter du jour du mariage, pour la dot et pour les conventions matrimoniales : l'hypothèque, toujours affranchie d'inscription, a lieu, à compter d'époques différentes, mais postérieures au jour du mariage, pour d'autres droits. Ces droits sont les sommes dotales qui proviennent ou de successions échues à la femme, ou de donations à elle faites pendant le mariage. L'hypothèque, pour ces objets, ne commence qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations ont eu leur effet. De plus, la femme a une hypothèque légale, également affranchie de l'inscription, pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés; mais c'est seulement à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

Ainsi, voilà trois sortes d'objets pour lesquels l'hypothèque légale a lieu en faveur de la femme, sans inscription, sauf la différence des époques. Ces objets sont : 1° la dot et les conventions matrimoniales ; 2° les droits à raison de successions à elle échues, ou de donations à elle faites; 3° les répétitions pour l'indemnité des dettes contractées avec le mari, et pour le remploi des propres aliénés.

Par *conventions matrimoniales*, on a toujours entendu les avantages faits par le mari à la femme, par le contrat de mariage, et qui ne doivent revenir à celle-ci qu'après la dissolution du mariage, et dans le cas où elle survit au mari. Ces avantages ont toujours été le douaire conventionnel en argent, le préciput qui a toujours eu lieu principalement sous le régime de la communauté, les pensions viagères, gains de survie, et autres dispositions de cette nature. La loi a toujours donné à ces avantages, comme à la dot, la même faveur de l'hypothèque légale sur les biens présens et à venir du mari. Ces avantages ne sont point ouverts tant que le mariage dure; ils sont incertains ; il n'y a dès lors aucune action à exercer du vivant du mari. Une action de la part de la femme serait peu décente, et pourrait être une semence de division entre deux époux : elle ferait concevoir l'idée que le mari prédécédât; ce que les lois romaines rendaient par ces termes, *malum omen augurari*. Aussi l'art. 32 de l'édit de 1771 dispensait les femmes de l'opposition, qui tenait lieu alors d'inscription, aux lettres de ratification qui étaient prises sur les ventes des biens de leurs maris, *pour raison des douaires non ouverts* ; et la jurisprudence avait étendu cette dispense à l'augment de dot, et aux gains de survie, usités dans des pays de droit écrit, et dans certains pays coutumiers, dans lesquels le mot *douaire* ne l'était pas. On a déjà vu encore que Justinien, par la loi *Assiduis*, accorda aux femmes l'hypothèque tacite ou légale, non seulement pour leurs dots, mais encore pour les donations à cause de noces, *donationes ante nuptias*, ou *propter nuptias* ; ce qui était un don fait à la femme, *sponsalitia largitas*.

On ne saurait regarder comme vocabulaire de la loi dont on devrait se servir pour l'explication des mots *et conventions matrimoniales*, les mêmes termes employés dans l'art. 1394, où il est dit : « *Toutes conventions matrimoniales* seront rédigées, avant le mariage, par acte devant notaire. » Il est évident que, dans cet article, il est question des conventions formant un tout, connu vulgairement sous le nom de *contrat de mariage* ; tandis que, dans le sens de l'article 2135, il s'agit d'une partie seulement des conventions qui sont indépendantes de la dot, et qui désignent des avantages faits à la femme.

Lorsque le législateur a employé le mot *dot*, il l'a fait dans un sens général, et par application aux deux régimes. On dit plus particulièrement *dot*, pour le régime dotal, parce que, sous ce régime, tout ce que la femme porte dans le mariage est sa dot ; c'est uniquement cette dot qu'elle peut se faire restituer dans les cas

déterminés par la loi. Si elle a d'autres biens que sa dot ou ses biens dotaux, ils sont une espèce particulière de biens qui n'entrent point dans le mariage, qui demeurent à la disposition de la femme, d'après les clauses particulières de l'acte qui règle les conventions matrimoniales. La faculté de stipuler ces réserves en sa faveur, lui est accordée par l'art. 1542. Tel est le résultat de la combinaison des art. 1542 et 1574. Mais sous ce mot *dot*, on ne doit pas moins comprendre les biens dotaux de la femme sous le régime de communauté. La dot, sous ce régime, se complique infiniment plus que sous le régime dotal, ainsi que je l'expliquerai bientôt. Mais toujours est-il vrai que la femme est dotée dans les deux régimes, sauf les modifications particulières à chaque régime, qui résultent des conventions matrimoniales permises par la loi.

Quant au second objet énoncé dans l'art. 2135, qui consiste dans les droits de la femme, à raison des successions à elle échues, ou de donations à elle faites, ces droits peuvent exister sous quelque régime que ce soit. Et quant à la troisième espèce de droits qui sont relatifs à l'indemnité des dettes contractées avec le mari, et au remploi des propres aliénés, pour peu qu'on connaisse les principes du régime de la communauté, on sait que ces droits sont principalement relatifs à ce régime que le législateur a eu en vue dans cet article, ainsi que le régime dotal.

Il est cependant bon d'observer, pour apprécier les motifs de la loi relativement à la fixation de l'hypothèque de la femme pour ces deux dernières espèces de droits, qu'il y avait, à cet égard, une grande différence de jurisprudence entre les parlemens du royaume. Les uns suivaient les principes qui sont devenus ceux du Code civil; les autres faisaient remonter l'hypothèque à compter du mariage. On peut consulter là-dessus Mornac, sur la loi 9, ff. *qui pot.*, et d'Héricourt, *de la rente des immeubles chap.* 11, *sect.* 2, *n°* 22. Mais cette dernière jurisprudence, contraire aux principes du Code civil, présentait des abus tels, qu'il était étonnant qu'on eût pu y persévérer. Quelques clauses que le contrat de mariage pût renfermer sur ces cas à venir, il n'en résultait pas une hypothèque *actu;* elle devait s'ouvrir seulement lorsque les cas arrivaient. D'ailleurs, en faisant remonter l'hypothèque au jour du mariage, il pouvait en résulter des fraudes évidentes. Avant qu'une succession échût à une femme, ou qu'une donation lui fût faite, avant qu'elle contractât des dettes avec son mari, ou qu'elle aliénât ses propres avec son autorisation, ce qui se faisait souvent dans l'intérêt du mari qui en profitait, plusieurs particuliers pouvaient avoir prêté à ce dernier, et ils se voyaient privés de l'antériorité de leur hypothèque, dans laquelle antériorité se trouvait toute la sûreté de leurs créances. Un créancier bien postérieur, qui aurait eu l'adresse de ne prêter au mari que sous l'obligation ou le cautionnement de la femme dont il pouvait exercer les droits, primait, en hypothèque, de plus anciens créanciers que lui. Les acquéreurs du mari, avant ces mêmes époques, étaient encore exposés aux mêmes chances. Cette jurisprudence avait, de plus, l'inconvénient de mettre les maris en quelque manière sous la tutelle de leurs femmes, *in curatione uxoriâ*, parce que, sans l'obligation de celles-ci, ils ne trouvaient pas à emprunter au besoin. Il paraîtrait même, d'après ce que dit Mornac, que ce fut un arrêt du 17 mars 1608, par lequel cette pernicieuse jurisprudence fut maintenue, et contre lequel il s'élève avec force, qui donna lieu à l'usage de demander, de la part de ceux qui prêtent au mari, l'obligation de sa femme, usage qui s'est assez généralement observé, jusqu'à présent, sous le régime de la communauté.

228. Mais on peut objecter que la dot, les conventions matrimoniales, les droits de la femme à raison de successions échues, ou de donations faites pendant le mariage, d'indemnités pour dettes, ou de remplois de propres aliénés, ne sont pas les seuls objets pour lesquels la loi ait admis, en faveur de la femme l'hypo-

thèque légale affranchie d'inscriptions. On peut fonder cette objection sur ce que, dans les art. 2140, 2144, 2193 et 2195, le législateur, en parlant des mêmes droits pour lesquels l'hypothèque légale a été admise sans inscription, s'explique avec plus d'extension que dans l'art. 2135. En effet, il est dit simplement dans cet article, *la dot et conventions matrimoniales*, tandis qu'on lit dans les articles ci-dessus indiqués, *la dot, reprises et conventions matrimoniales*. Ce mot REPRISES, pourrait-on dire, porte sur les droits autres que *la dot et les conventions matrimoniales*, et, par conséquent, sur les biens extradotaux ou paraphernaux.

Cela prouve combien il est nécessaire de se former des idées justes sur ce mot *reprises*, dont j'ai vu souvent abuser. Mais, sous quelque point de vue qu'on le considère, il me paraît impossible de l'appliquer à des biens autres que ceux qui sont purement dotaux. Ce mot *reprises*, employé dans les art. 2140, 2144, 2193 et 2195, n'ajoute rien à ce que le législateur a voulu exprimer dans l'art. 2135, en se tenant même aux expressions *dot* et *conventions matrimoniales*. Par ce mot *reprises*, il a entendu la dot sous le régime de la communauté, ainsi que les droits énoncés dans les deuxième et troisième parties de l'art. 2135. En sorte que c'est toujours à la dot et à ces droits que se rapporte l'hypothèque légale, affranchie de l'inscription, et non à tous autres.

En effet, sous l'ancienne, comme sous la nouvelle législation, la dot, dans le régime de la communauté, tient à beaucoup plus d'idées, à beaucoup plus de choses que sous le régime dotal. On peut dire que *reprises*, *dot* et *biens dotaux* étaient identiques sous le régime de la communauté. On en est convaincu si on lit une savante dissertation qu'on trouve dans le le Journal du palais, tom. 1er, à la date d'un arrêt du 5 avril 1667; si l'on consulte Renusson, *Traité de la comm., part.* 2, *chap.* 3, *n°* 1er *et suiv.*; l'art. 18 du chap. 23 de la Coutume de Nivernais, et le Commentaire de Coquille sur cet article. Mais on ne peut mieux enseigner la véritable doctrine sur cette matière, qu'en rapportant un passage de M. Tarrible, *Répert. de jurisp.*, aux mots *Inscription hypot.*, § 3, *n°* 9. Ce qu'il y dit est particulièrement relatif à la législation établie par le chap. 2 *du titre contrat de mariage*, du Code civil. Voici comment s'explique cet estimable auteur :

« Tout ce qui est donné à la femme dans le contrat de mariage, tous les biens, soit présens, soit futurs, que la femme se constitue dans le même contrat, forment la dot. Sous le régime dotal, la dot est bornée à ces biens, puisque tous ceux que la femme peut avoir, et qui ne sont pas compris dans ces désignations, sont paraphernaux, ce qui signifie *extradotaux*. *Mais sous le régime de la communauté, la dot a une bien plus grande extension; elle comprend la totalité des biens que la femme a ou peut acquérir pendant le mariage.* On voit, en effet, dans l'art. 1530, que, dans le cas lui-même où les époux se marient sans communauté, cette clause ne donne point à la femme le droit d'administrer ses biens, ni d'en percevoir les fruits; mais que ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage. La dot, expressément constituée, ne donne au mari d'autre droit que celui de jouir des biens qui en sont l'objet pour supporter les charges du mariage : et puisque le mari a indistinctement le même droit sur les biens constitués, nous avons eu raison de dire que, *sous le régime de la communauté, tous les biens de la femme étaient dotaux, du moins par l'effet, s'ils ne le sont pas par la dénomination.* Il faut néanmoins excepter le cas où les époux ont stipulé qu'ils seraient séparés de biens : ce cas est soumis à des règles particulières, que nous ferons connaître plus bas. En résumant notre analyse, continue l'auteur, nous reconnaîtrons que, sous le nom de *dot*, doivent être comprises, savoir, sous le régime de la communauté, *toutes les sommes appartenantes à la femme, qui ont passé dans les mains du mari, quelle que soit leur source*; et, sous le régime dotal, toutes les sommes qui ont été données à la femme, ou qu'elle s'est constituées no-

minativement dans le contrat de mariage. Nous reconnaîtrons, par suite, que la femme doit jouir de l'hypothèque légale sur les biens de son mari, pour la répétition de toutes ces sommes indistinctement. »

M. Tarrible dit encore, dans un autre passage : « Les *reprises* ont une plus grande latitude, et elles comprennent les sommes que la femme est en droit de répéter sur les biens de son mari, soit à titre de remploi, soit à titre d'indemnité, soit à titre de récompense, quand il y a communauté entre les époux. Il est évident que la femme a *une reprise* sur les biens de son mari, pour le remboursement des sommes à elles appartenantes, qui ont passé dans les mains du mari, ou qui ont été employées, d'une manière quelconque, pour l'utilité de ce dernier. Il en est de même, sous ce régime, dans le cas où les époux ont convenu de se marier sans communauté. *Si le mari a reçu des sommes appartenantes à sa femme, autres que des fruits ou intérêts* qui lui sont acquis irrévocablement, en vertu de son droit de jouissance, ou bien, si la femme ellemême a payé, de ses propres deniers, des dettes de son mari, *toutes ces sommes formeront l'objet d'autant de reprises, pour lesquelles la femme aura une hypothèque légale*, soit parce que cette hypothèque lui appartient, en général, pour *ses reprises*, soit parce que, d'après les explications que nous avons données plus haut, tous ces objets peuvent, sous certains rapports, être regardés comme dotaux. »

De l'exposition de cette doctrine, il résulte que les termes *dot*, *reprises* et *conventions matrimoniales*, énoncés dans les art. 2140, 2144, 2193 et 2195, s'identifient avec ceux des trois premières parties du § 2 de l'article 2135; et que, par tout cet ensemble, le législateur n'a pu vouloir exprimer que les conventions matrimoniales, la dot ou les droits dotaux, tant sous le régime dotal, que sous celui de la communauté, sauf les différences des époques auxquelles l'hypothèque se rattache, à l'égard des droits dotaux existans sous le régime de la communauté, qui s'exercent sous le nom de *reprises*.

229. De tout ce qui vient d'être dit, il résulte une conséquence importante, qui est que, pour tout ce qui n'est pas dotal, sous quelque régime que ce soit, il y a bien une hypothèque légale en faveur de la femme, d'après l'article 2121; mais que cette hypothèque légale n'existe qu'à la charge de l'inscription, et que, pour ces objets, cette hypothèque n'a rang contre des tiers, que du jour de cette inscription. Cependant cette question a été fortement controversée, ce qui, à mon sens, est étonnant. La Cour royale de Nismes, par un arrêt du 16 juin 1813 ; celle d'Aix, par un arrêt du 19 août même année ; celle de Grenoble, par deux arrêts des 17 juillet et 24 août 1814 ; la Cour royale de Toulouse, par un arrêt du 4 juin 1818, se sont décidées pour l'affirmative ; mais la Cour royale de Riom, seconde chambre, a adopté la négative, par deux arrêts des 19 août 1818 et 20 février 1819 [1]. Cette diversité d'arrêts annonce combien la question mérite d'être examinée. Mais on sent aussi combien je serai aidé dans cet examen par tout ce que je viens d'établir.

M. Tarrible, *loco citato*, après avoir donné une explication lumineuse de ce que c'était que *reprises*, de laquelle explication il résulte qu'il faut voir dans cette expression les droits qui s'incorporent avec la dot ou les biens dotaux de la femme, sous le régime de la communauté ; que ce mot *reprises* n'est que le nom de l'exercice de ces mêmes droits ou biens dotaux, en vient aux biens non dotaux de la femme, sous les deux régimes. Ces biens consistent, quant au régime de la communauté, dans ce que la femme prétend lui être dû par le mari, à raison d'objets qui ne sont point entrés dans le mariage, qui ne font partie ni de

[1] Sur les cinq premiers arrêts, voyez Denevers, an 1814, pag. 24 et 79, au suppl.; an 1817, pag. 116 et 149, au suppl., et an 1818, pag. 2; Sirey, an 1818, 2e partie, pag. 44; et sur le second arrêt de la Cour royale de Riom, Sirey, tom. 20, pag. 275, et le Journal des audiences de cette Cour, à la date de l'arrêt.

ses propres, ni de sa dot; comme, par exemple, lorsque les époux se sont mariés avec clause de séparation de biens, ces mêmes biens non dotaux existent, quant au régime dotal, lorsque la femme s'est réservé des paraphernaux. Il examine si, pour ces droits extradotaux, auxquels l'auteur donne le nom de *reprises*, la femme a la même hypothèque légale, affranchie d'inscription, que pour les précédens objets dont il avait parlé; et il se fait des doutes : ils peuvent venir, dit-il, de ce que, dans ces deux cas, l'administration appartient pleinement à la femme, et de ce que celle-ci n'a pas besoin d'un secours extraordinaire pour l'assurance de la répétition des sommes dont l'emploi a été consenti, et aurait pu être empêché par elle. Les doutes, continue l'auteur, se fortifient par la disposition de l'art. 1577, portant que, si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle, comme tout mandataire; d'où suit cette conséquence, que la femme, dans ce cas, n'aura pas plus une hypothèque légale sur les biens de son mari, qu'elle ne l'aurait sur les biens de tout autre, auquel elle aurait donné un pareil mandat. Néanmoins M. Tarrible voit dans ces créances, quoique extradotales de leur nature, des reprises semblables aux premières. Il les assimile, il leur donne le même privilége; enfin, il a cru devoir adopter l'opinion que, pour toutes reprises, pour toutes créances, pour toutes actions ou répétitions quelconques, la femme a, sur les biens de son mari, la même hypothèque, le même privilége, que pour tout ce qui est proprement dot.

Mais, malgré tous les égards dus à une opinion venant de M. Tarrible, il me paraît impossible d'admettre son avis dans le cas dont il s'agit.

En premier lieu, il est incontestable que la loi française a admis deux sortes d'hypothèques légales, l'une affranchie d'inscription, l'autre soumise à la nécessité de cette inscription, à compter de laquelle l'hypothèque prend seulement rang. Lorsqu'ensuite le législateur en vient à l'article 2135, la constitution de cet article, l'esprit qui l'a dicté, le sens des termes qu'il y a employés, le soin même avec lequel il les a choisis, tout, en un mot, prouve que cet article est conçu dans un sens d'inclusion de certains droits, et *d'exclusion* de certains autres. Si le législateur eût entendu accorder l'hypothèque légale avec affranchissement de l'inscription à tous les droits, à toutes créances quelconques de la femme, sans distinction, il l'aurait dit d'un seul mot; il se serait contenté d'y apporter les idées restrictives, quant à la date de l'hypothèque, qui font l'objet de la seconde et de la troisième partie du § 2 de l'art. 2135. Il n'aurait pas pris un langage de distribution, de distinction, d'application particulière des objets qui devaient jouir de la faveur de l'hypothèque légale, affranchie de l'inscription. Par cela seul qu'il indique ces objets, il annonce qu'il en existe d'autres auxquels il refuse le même privilége.

En second lieu, le mot *dot*, venant, sous un rapport positif, à la pensée, rappelle naturellement ce qui lui est directement opposé, c'est-à-dire, les biens *extradotaux*; cependant le législateur s'en tient à ce mot *dot*, et ne songe pas même aux biens *extradotaux ou paraphernaux* : et l'on voudrait que ces biens fussent entrés dans ses vues comme la *dot !* suivant toutes les règles d'interprétation, on ne peut supposer que le législateur ait entendu comprendre dans la *dot*, ce qui est hors la *dot*. S'il y a ensuite quelque mot, autre que celui de *paraphernaux*, de *droit réservés* à la femme, qui puisse, d'après l'ensemble de la législation, se rapprocher de la dot, au moins sous un des régimes, qui puisse même signifier cette dot, en la considérant dans ses résultats, dans ses effets, sous ce régime, n'est-ce pas suivre les règles d'une saine logique, que de rapporter cette expression à la dot qui a déjà occupé le législateur, que de la regarder comme le développement de ce qu'il a déjà dit, et toujours dans le même

sens dans lequel il s'est déjà expliqué?

Mais une réflexion bien simple prouvera jusqu'à l'évidence ce qu'on vient d'avancer. La loi, dans les articles 1540 et 1541, trace une forte ligne de démarcation entre ce qui est *dot*, et tout ce qui est *extradotal*, sous quelque régime que ce soit. La *dot* est le bien que la femme apporte au mari, *pour supporter les charges du mariage*. Il n'y a de *dot* que ce que la femme *se constitue*, ou qui lui est donné *en contrat de mariage*; et, pour qu'il y ait des biens extradotaux, il faut qu'il y ait *stipulation contraire*. C'est cette stipulation contraire qui crée l'extradotalité. Le mot *dot* est donc un mot générique, qui renferme tous biens quelconques portés par la femme, mais tous biens quelconques uniquement destinés à supporter les charges du mariage, ce qui était aussi, dans le droit romain, le caractère de la dot. Dans l'esprit de ce droit, la dot était constituée, *ad onera matrimonii sustinenda*. Ce même mot générique, *dot*, comprend par conséquent les reprises qui tiennent à ces mêmes biens et droits dotaux; qui s'incorporent avec eux, qui ont la même destination, et qui, comme eux, sont *dot*. Donc le législateur n'a pu, dans l'art. 2135, ni dans les articles qui y correspondent, où se trouvent *dot*, *reprises et conventions matrimoniales*, avoir eu en vue des biens qui n'ont pas spécialement pour objet de supporter les charges du mariage: donc les biens extradotaux, sous les deux régimes, en sont exclus. Personne ne peut disconvenir que les biens extradotaux n'ont point pour objet le support des charges du mariage. Ce sont des biens d'une nature particulière; ils ne sont point dans le mariage; ils sont à la disposition de la femme qui se les réserve comme une espèce de *pécule*. On voit en effet, dans la loi 9, § 3, ff. *de jure dotium*, que les biens de la femme que les Grecs appelaient *paraphernaux*, étaient connus chez les Gaulois sous le titre de *pécule*. *Cæterum si res dantur in ea quæ græci* PARAPHERNA *dicunt, quæque galli* PECULIUM *appellant*. C'est par une suite de cette destination des biens dotaux, *ad onera matrimonii sustinenda*, par opposition aux biens extradotaux qui ne l'ont pas, que l'on voit dans le droit romain tant de privilège accordés aux biens dotaux, qui ne l'étaient pas aux biens extradotaux ou paraphernaux. Et on ne peut douter encore que ce ne soit la même différence de destination, qui ait fait comprendre, dans l'art. 2135, les biens dotaux pris sous un point de vue général, exclusivement aux autres.

En troisième lieu, lorsque le législateur parle de successions échues à la femme pendant le mariage, il dit : *La femme n'a d'hypothèque, pour les sommes* DOTALES *qui proviennent de successions, que*, etc. S'il était vrai que, dans l'intention du législateur, tous biens quelconques, toutes sortes de droits, d'actions, de créances que la femme aurait contre son mari eussent dû jouir de la faveur de de l'hypothèque légale, affranchie de l'inscription, ne serait-il pas ridicule de voir dans l'article, *pour les sommes* DOTALES? Le législateur, par une semblable restriction, aurait précisément dit le contraire de ce qu'il aurait voulu dire : le sens de cette limitation postérieure aurait tout à coup détruit le sens d'une *généralité* indéfinie et absolue. Il est sensible que lorsque le législateur a dit, *sommes* DOTALES *qui proviennent de successions*, etc., il a voulu ne donner la faveur de l'hypothèque légale, avec affranchissement d'inscription, qu'aux successions composées d'objets mobiliers, qui seraient vraiment dotaux, comme lorsque la femme se constitue en dot tous ses biens présens et à venir, d'objets dont le mari aurait dû se mettre en possession en vertu de son autorité maritale; et que, dès lors, il a refusé cette même hypothèque légale aux sommes et droits mobiliers qui ne seraient point dotaux, parce que, sous le régime de la communauté, la femme ne les aurait pas voulu porter dans la communauté, qu'elle s'en serait réservé la jouissance et l'administration par une clause de séparation de biens, et que, sous le régime dotal, elle se les serait ré-

servés comme paraphernaux. Cette expression DOTALES, appliquée aux successions échues pendant le mariage, confirme d'une manière précise, la volonté énoncée dans l'art. 2135, de n'accorder la faveur de l'hypothèque légale sans inscription, qu'à tout ce qui serait *dot*, et de la refuser à tout ce qui serait *hors la dot*.

En quatrième lieu, la véritable signification de ce mot *reprises*, prouve combien est erronée l'application qu'on en fait à des objets extradotaux, sous un régime comme sous l'autre. Une reprise est l'exercice d'un droit de *reprendre* dans une masse, c'est-à-dire, dans la communauté, ce qu'on y a apporté. Mais on ne conçoit pas une idée de *reprise*, de la part de la femme, ni de ce qu'elle n'a point apporté dans cette masse, lorsqu'il s'agit de communauté, ni de ce qu'elle s'est réservé, de ce qu'elle n'a point voulu mettre dans le mariage, dans le dot, lorsqu'il est question du régime dotal. L'erreur dérive de ce qu'après avoir si bien expliqué ce que c'était que *reprise*, M. Tarrible y a compris ce qui n'en est point, suivant le sens et la langue de la loi. Aussi, lorsqu'on se pénètre des dispositions du chap. 2ᵉ du titre *du contrat de mariage*, et surtout de ceux où le mot *reprises* est employé, ou bien les termes de *récompenses*, *prélèvement* et *remploi*, qui quelquefois peuvent être les équivalens de celui de *reprises*, on est convaincu que ce mot est étranger à tout ce qui n'est pas *dot* ou *biens dotaux ;* et lorsqu'on veut voir partout des *reprises*, on tombe dans la nécessité de violer toutes les règles d'intepétation de l'art 2135.

M. Tarrible fonde encore son opinion sur l'influence du mari, qui empêcherait la femme de prendre des inscriptions sur les biens qu'il aurait vendus ou qu'il voudrait vendre. Il ajoute que la condition de la femme *serait pire que celle d'un créancier ordinaire, qui a pu librement prendre toutes les sûretés que la prudence lui a inspirées.*

D'abord, la condition de la femme est toujours meilleure que celle d'un créancier ordinaire, puisque, à la différence de celui-ci, elle a, d'après l'art. 2121, une hypothèque légale pour tous ses droits quelconques contre son mari, sauf néanmoins le cas de sa procuration donnée par la femme au mari, pour l'administration de ses biens paraphernaux; et, à l'égard de l'inscription qu'elle est obligée de prendre pour les droits pour lesquels il n'y a pas d'hypothèque légale avec affranchissement d'inscription, il faut supposer qu'elle aura la force de la prendre, dès qu'elle s'en est cru assez pour pouvoir régir, administrer et conserver les biens qu'elle n'a point voulu placer sous la protection que la loi accorde à ceux qui deviennent dotaux. Elle a, au surplus, à s'imputer, ou son défaut de prévoyance, ou sa négligence; et enfin le danger de l'influence n'a pas dû toucher autant pour les biens extradotaux que pour les biens dotaux, à raison de la destination de ces derniers.

Dira-t-on, comme je l'ai vu opposer, que la prescription ne court pas contre la femme mariée, pour ses actions dont son mari est garant, comme cela a été jugé et devait l'être par un arrêt de la Cour de cassation, du 24 juin 1817? On voit cet arrêt dans le recueil de Denevers, *an* 1817, *pag.* 505. Mais, d'abord, il ne serait plus possible d'établir un principe en matière de législation, si en donnant une trop grande extension aux analogies, on voulait appliquer à une matière ce qui serait établi uniquement pour toute autre qui tiendrait à des règles différentes. Ensuite, il n'y a aucune comparaison du cas de la prescription à celui dont il s'agit. La loi a pu prendre un faible intérêt à un débiteur de la femme, qui voudrait opposer une prescription toujours odieuse; mais elle a dû intérêt et protection à des tiers créanciers ou acquéreurs du mari, qui seraient victimes d'un défaut de connaissance qu'il ne dépendait que de la femme de leur donner par l'inscription, et qu'ils n'ont pu prendre ou soupçonner, d'après un contrat de mariage qui aurait pu leur être communiqué, et qui n'aurait fourni aucuns renseignemens propres à les mettre en défiance, et à provoquer des sûretés.

Voudrait-on tirer encore la dispense de l'inscription pour les biens paraphernaux, de ce que la femme ne peut les aliéner sans l'autorisation du mari? Mais c'est confondre des objets qui tiennent à des idées, à des principes qui ne sont pas les mêmes. 1° Il ne s'agit pas ici d'aliénation d'immeubles, mais bien de sommes extradotales dont la femme a la libre disposition. 2° D'après l'art. 1576, la femme, au refus du mari, peut aliéner ses biens paraphernaux, avec la permission de la justice. 3° Ce qui tient à cette prohibition d'aliéner, sans les formalités voulues par la loi, n'est établi que dans des relations particulières entre le mari et la femme. Tout cela est donc étranger à ce qui touche l'intérêt des tiers, intérêt qui doit être considéré sous un autre point de vue. La loi s'arme contre toute fraude qui serait pratiquée par la femme seule, ou à laquelle elle se prêterait par l'impulsion de son mari. Seule, elle peut très valablement prendre une inscription pour ses capitaux extradotaux. La présence et l'autorisation du mari ne sont pas nécessaires pour que cet acte conservatoire ait son effet. Le mari peut seulement régulariser ensuite une procédure, si, par des vues personnelles d'ambition, ou parce qu'il pourrait justement contester les prétentions de sa femme, il voulait demander judiciairement la mainlevée et la radiation de l'inscription.

Enfin, on doit mieux apprécier qu'on ne fait, et se défier de tout ce qu'on a coutume de dire pour dispenser la femme de l'inscription, relativement à tout ce qui est hors de ses biens dotaux. Depuis un grand nombre de siècles, pour les biens dotaux même, cette maxime du droit romain, *interest enim reipublicæ dotes salvas esse*, a été prodigieusement affaiblie en France. Nos mœurs, nos usages, la nécessité de favoriser le développement de l'industrie, auquel la femme doit souvent aider, dans l'intérêt du mari toujours inséparable du sien et de celui de ses enfans, les facilités et l'essor qu'on a dû donner au commerce, l'inconvénient de paralyser la circulation d'une grande partie des immeubles, et de les frapper d'une espèce de substitution qui les rendrait invendables, toutes ces considérations ont fait rejeter ou infiniment adoucir la sévérité des principes du droit romain. Le régime de la communauté, inconnu dans ce droit, couvrait à peu près les deux tiers de la France, et la femme pouvait y vendre ses biens dotaux, sous la seule autorisation ou consentement de son mari.

On sait ce que c'était que le sénatus-consulte velléien, qui, pour venir au devant de la fragilité ou de la faiblesse d'un sexe facile à tromper, avait prononcé une interdiction générale de contracter des obligations, contre toutes les femmes, soit mariées, soit filles, soit veuves. Mais on voit, de distance en distance, abolir par des ordonnances de nos rois, ce sénatus-consulte partout où il était établi. Cette mesure avait pour objet de débarrasser les transactions d'entraves funestes à une bonne police, et surtout au commerce.

L'édit de 1771, art. 17 et 32, prononça la purgation de la dot par le défaut d'opposition aux lettres de ratification; il ne dispensa de cette opposition que pour le douaire non ouvert. La loi du 11 brumaire an 7 assujettit les femmes à la formalité de l'inscription pour la conservation de leurs dots. Le Code civil, dans un système d'indulgence, qui a été le sujet de beaucoup de critiques, en ce qu'il détruit l'uniformité de la loi, qui a pour base la publicité de l'hypothèque, a soustrait de cette publicité, et, par conséquent, de la nécessité de l'inscription, les droits de la femme; mais ces droits sont seulement la *dot* ou les biens dotaux. Or, en rentrant dans le principe, il a privé de cette dispense d'inscription tous autres droits qui ne seraient ni *dot*, ni *biens dotaux*. Cette distinctiou est marquée par l'esprit qui a présidé à la rédaction de la loi, par les termes dont le législateur s'est servi, qui tous rendent sa pensée; et l'on voudrait aujourd'hui faire reporter la dispense de l'inscription, ou, ce qui est de même, de la publicité, sur tout ce qui n'est point *dot*, sous le régime

de la *communauté*, et sous le régime dotal! mais c'est ce qu'il est impossible de soutenir. La publicité de l'hypothèque est le système de notre législation; elle en est le principe fondamental.

Il n'y a pas de doute sur la question dont je m'occupe; mais y en eût-il, dans ce doute même, il faudrait suivre le système, l'esprit général de la loi. On risque alors moins de s'égarer. On doit donc se tenir dans le principe, que lorsqu'il y a dans la loi une règle générale, tout y rentre, hors ce qui en est formellement excepté. Cette règle générale doit être encore plus respectée, lorsqu'elle protége un intérêt public, qui parle toujours plus haut que tout intérêt particulier; lorsqu'elle tend à prémunir des créanciers, des acquéreurs d'un mari, contre des fraudes dont ils pourraient être victimes par une obscurité affectée, et qui peut être aisément dissipée par un simple acte conservatoire, utile à la femme même, et commandé par la délicatesse du mari.

Cette dissertation, nécessitée par l'importance de la question, reçoit un nouveau degré de force, des motifs développés dans l'arrêt de la Cour royale de Toulouse, du 4 juin 1816, que j'ai déjà cité. La rédaction en est savante et lumineuse. M. Planel, doyen de la faculté de droit de Grenoble, a fait sur la question une dissertation qui est digne d'être remarquée. On la trouve dans Sirey, *an* 1819, 2e *partie*, *pag*. 89.

230. La question était ainsi traitée, et l'ouvrage était même à l'impression, lorsqu'il a été rendu par la Cour royale de Riom, 1re chambre, un arrêt, du 4 mars 1822, qui a jugé la question en thèse; il est rendu dans les principes mêmes que j'ai développés. Cet arrêt a jugé une autre question importante, qui est traitée au n° 108, pag. 220, où je l'ai annoncé. Relativement à la question dont il s'agit actuellement, il y avait une circonstance particulière qui, d'après l'arrêt, ne devait point donner lieu à une décision différente.

Antoinette Touzet, femme Vacher, qui était en contestation avec les héritiers Flat, créanciers de son mari, sur la question de savoir si elle devait avoir uue hypothèque affranchie d'inscription, pour ses biens extradotaux, avait vendu, conjointement avec son mari, par acte du 13 ventôse an 13, des immeubles qui lui appartenaient, et qui étaient reconnus pour lui être extradotaux. Il fut stipulé que la somme, qui fut payée par l'acquéreur, serait employée par le mari en fonds certains. Ce dernier, pour la sûreté de cet emploi, hypothéqua spécialement une maison située à Ardes, et, le 19 décembre 1810, il avait été pris une inscription par l'acquéreur, qui était le frère de la femme Vacher. On sent que cet emploi et les précautions qu'on avait prises concernaient uniquement cette dernière. Il faut observer que l'inscription que les héritiers Flat avaient sur les biens du mari, était seulement à la date du 1er août 1807, en sorte qu'elle était postérieure à la vente des biens de la femme, faite avee clauses d'emploi.

La femme Vacher prétendait que, pour cet emploi, elle avait une hypothèque affranchie d'inscription, sur les biens de son mari, en remontant à la date de la vente. Elle fondait cette prétention sur la disposition du 2e § du n° 2 de l'art. 2135 du Code civil, où il est dit que la femme a hypothèque sur les biens de son mari, pour le remploi de *ses propres aliénés*, à compter du jour *de la vente;* mais c'était faire une fausse application de cet article: aussi le moyen fut rejeté par les motifs exposés dans l'arrêt. Aucun recueil ne le faisant connaître, je crois devoir en transcrire les motifs.

« Attendu qu'il importe de saisir les conséquences qui résultent de la combinaison des art. 2121, 2134 et 3135 du Code civil; que l'art. 2121 accorde à la femme une hypothèque légale sur les biens de son mari, pour ses droits quelconques, soit dotaux, soit extradotaux; que l'art. 2134 établit en règle générale, que toutes hypothèques quelconques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles, n'ont de rang que du jour de l'inscription, sauf les exceptions portées

en l'article suivant, que l'objet de l'art. 2135 a été de déterminer ces exceptions à la règle générale ; que cet article a déclaré que deux sortes d'hypothèques légales existeraient indépendamment de toute inscription ; savoir, celles des mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs, et celles des femmes sur les immeubles de leurs maris, à compter du jour du mariage ; mais que ce privilége d'affranchissement d'inscription n'est pas général, qu'il est, au contraire, limité à la dot et aux conventions matrimoniales, qui ont toujours été les gains et avantages matrimoniaux faits à la femme, en cas de survie ;

« Que cet article est conçu dans un esprit d'exception, de distinction, de limitation, d'inclusion de certains objets, et d'exclusion d'autres objets ; et que, dès lors, l'affranchissement de l'inscription a dû se borner à la dot et aux conventions matrimoniales ; en sorte que tous autres droits de la femme, et notamment ses droits extradotaux, ont été soumis à la règle générale de la nécessité de l'inscription, n'étant pas compris dans les exceptions à cette règle, lesquelles exceptions le législateur fait suffisamment résulter de l'art. 2135.

« Attendu que si le législateur n'eût pas voulu limiter l'affranchissement de l'inscription à la dot et aux conventions matrimoniales, il n'aurait pas employé une locution qui ne peut convenir qu'à une idée d'exception et de limitation, qu'il avait dans la pensée ; il aurait dit simplement que toutes les hypothèques quelconques de la femme sur les biens de son mari seraient affranchies de l'inscription ; il se serait ensuite contenté de déterminer les époques particulières auxquelles les hypothèques légales devaient remonter, dans les cas prévus dans le n° 2 de l'article 2135, et dans les deux paragraphes qui le suivent ; que l'on peut d'autant moins douter que l'intention du législateur ait été de limiter l'affranchissement de l'inscription à la dot et aux conventions matrimoniales, que le mot *dot* qu'on lit dans l'art. 2135, rappelait nécessairement à l'esprit l'opposé de la dot, c'est-à-dire, les biens extradotaux, et que cependant il n'en est pas dit un mot dans cet article 2135, quoiqu'il soit parlé des biens extradotaux dans nombre d'autres articles du Code civil, avec des caractères bien différens de ceux attribués aux biens dotaux, ou, ce qui est de même, à la *dot*.

« Attendu qu'on ne peut avoir aucun égard au moyen tiré par la femme Vacher, de ce que, dans les art. 2140, 2144, 2193 et 2195, le législateur a dit, en parlant des mesures propres à purger les hypothèques légales de la femme, *les dots, reprises et conventions matrimoniales* ; qu'il est facile d'apprécier ce mot *reprises*, en faisant attention que, dans les articles ci-dessus indiqués, le législateur a voulu et dû comprendre non seulement ce qu'on entend par *dot* dans le régime dotal, mais encore ce qu'on peut entendre par *dot* dans le régime de la communauté, et qu'on a toujours spécifié plus particulièrement dans ce régime, par le mot *reprises* ; qu'il fallait bien que le législateur, devant rappeler dans les mêmes articles, d'une manière complexe, ce qui était énoncé d'une manière distincte dans l'article 2135, se servît d'un terme général qui s'appliquât à tout ce qui était dotal sous les deux régimes, que cet art. 2135 s'appliquât distributivement au régime dotal et au régime de la communauté ; que dans le 2e paragraphe du n° 2 de ce même article, le législateur ayant fixé l'époque à laquelle prenait cours l'hypothèque légale de la femme pour l'indemnité des dettes qu'elle avait contractées pour son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, tout quoi ne pouvait convenir qu'au régime de la communauté, il s'est ensuite vu dans la nécessité de rappeler les droits de la femme, qui existent notamment dans ces deux derniers cas, et que ces droits ont dû être entendus sous le mot général de *reprises*.

« Considérant qu'en effet, toutes reprises qu'a la femme sur les biens de son mari, dans le régime de la communauté, sont dotales, puisque ces reprises sont toujours la représentation de ce qui lui

était dotal; qu'en effet, l'obligation qu'elle aurait contractée avec son mari, ce qu'elle n'est réputée avoir fait que comme caution de ce dernier, frapperait sur ses biens propres, qui sont toujours dotaux, puisque le remploi de ses propres aliénés a toujours, et nécessairement, le caractère dotal, ses propres étant incontestablement, sous ce régime, ses biens dotaux;

« Que dès lors le mot *reprises*, employé subséquemment, ne détruit nullement la limitation établie par l'art. 2135, à la dot et aux conventions matrimoniales; que ces mots fixent irrévocablement la pensée du législateur.

« Considérant encore que ce qui prouve la justesse de l'interprétation qui vient d'être donnée à l'article 2135, c'est l'emploi qui y est fait par le législateur, dans le 1er paragraphe du n° 2, de ces mots *sommes dotales*. Le législateur y fixe l'époque particulière à laquelle remonte l'hypothèque légale de la femme pour les successions à elles échues, et les donations à elle faites pendant le mariage; et comme ces successions et ces donations peuvent consister en sommes qui seraient dotales à la femme, ce qui arrive, sous le régime dotal, lorsqu'elle s'est constitué en dot tous ses biens présens et à venir, il ne manque pas de dire *sommes dotales*, pour énoncer toujours sa pensée, qu'il n'y a d'affranchi de la formalité de l'inscription, que ce qui est dotal. Si le législateur n'avait pas voulu exprimer une limitation de cet affranchissement aux seuls objets dotaux, on ne conçoit pas pourquoi il aurait dit *sommes dotales* : ces termes ne peuvent avoir été écrits que dans un sens d'exclusion, sous le rapport de cet affranchissement d'inscription, contre ce qui n'était pas dotal; autrement ces termes seraient absolument inutiles : ils ne sont là que pour établir la distinction entre ce qui est dotal et ce qui ne l'est pas. Ces expressions, *sommes dotales*, fournissent donc un argument qui ne paraît susceptible d'aucune réponse, au moins solide.

« Attendu qu'on ne peut avoir aucun égard au moyen que la femme Vacher fait résulter de ce que, par la vente faite par elle conjointement avec son mari, des immeubles qui lui étaient extradotaux, par acte du 13 ventôse an 13, moyennant la somme de 1,800 francs, il a été stipulé que le mari serait tenu de faire emploi, en fonds certains, du prix de la vente; de ce que, pour garantie de cet emploi, le mari a hypothéqué spécialement une maison située à Ardes, et que l'acquéreur, en conséquence de cette affectation spéciale, a pris une inscription sur cette maison, le 17 décembre 1810;

« Que vouloir appliquer à cette action d'emploi, la disposition législative du 2e paragraphe du n° 2 de l'art. 2135, qui est relative à l'hypothèque de la femme, pour le remploi de ses propres aliénés, ce serait renverser tous les principes de la matière, et détruire l'économie de la loi;

« Que le remploi des propres aliénés, sous le régime de la communauté, est nécessairement dotal, puisqu'il représente des propres qui étaient dotaux à la femme, tandis que, sous le régime dotal, qui est celui sous lequel la femme Vacher a été mariée, toutes les actions auxquelles peuvent donner lieu la vente des biens extradotaux, et une obligation d'emploi du prix de ces mêmes biens de la part du mari, ne sont jamais qu'extradotales, parce qu'elles participent de la nature des biens dont la vente a donné ouverture à ces actions;

« Que la clause d'emploi, que la sûreté prise par l'acquéreur jusqu'à ce que cet emploi fût effectué, concernent uniquement l'intérêt de la femme et celui de l'acquéreur, qu'elles sont absolument étrangères à des tiers créanciers, et qu'à leur égard, les droits de la femme ont toujours le caractère de répétitions extradotales, pour lesquelles l'inscription était nécessaire.

« Considérant qu'on ne peut s'arrêter au moyen puisé dans l'exercice de l'influence du mari, qui aurait pu empêcher sa femme de prendre inscription sur ses propres biens; que la femme, qui se réserve explicitement ou implicitement des biens comme paraphernaux, contracte, par cela même, l'engagement de veiller

personnellement à leur conservation, et qu'elle a à s'imputer de ne pas le faire; que d'ailleurs, l'intérêt public, que la loi sur cette matière place dans l'intérêt des tiers, doit l'emporter sur des considérations particulières.

« Attendu, enfin, que s'il y avait sur la solution un doute, qui néanmoins n'existe pas, ce serait toujours le cas de se décider pour la publicité de l'hypothèque, qui forme la base de notre régime hypothécaire, parce que les cas de l'affranchissement de l'inscription tombent dans l'exception, et que les exceptions doivent toujours être restreintes plutôt qu'étendues. »

231. Il est sensible que l'hypothèque légale devant avoir lieu sans inscription pour la dot, il en est de même pour les intérêts, à compter du jour où ils ont dû courir. Cela tient au principe général que les intérêts suivent le sort du capital, et que l'hypothèque, pour les intérêts, prend le rang d'hypothèque qu'a ce capital. Je m'explique à cet égard, et particulièrement sur les intérêts de la dot, en interprétant l'art. 2151, *chap.* 1er, *sect.* 2, § 3, *n°* 104.

Quant aux dépens faits sur la demande en séparation de biens, ils doivent avoir aussi l'hypothèque au même rang que la dot. Les dépens suivent toujours le sort du principal, au moins sous notre législation. L'art. 2148, § 4 du Code civil, fait cesser la diversité de jurisprudence qui avait lieu, à cet égard, avant ce Code. Les mots de cet article, *comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux*, ne peuvent s'appliquer qu'aux intérêts et aux dépens. Je l'ai vu ainsi décider dans les tribunaux, même sans difficulté. Depuis, j'ai eu connaissance d'un arrêt de la Cour de cassation, du 13 novembre 1820, lors duquel la question s'est élevée pour les dépens faits sur la demande en séparation de biens. (Denevers, *an* 1821, *p.* 60.) Néanmoins la question n'a pas été décidée, parce que l'arrêt qui était attaqué, avait jugé, à raison de circonstances particulières dont je ne dois pas m'occuper ici, que, pour la dot réclamée, il n'y avait pas d'hypothèque légale. Par suite de cette décision, il devait en être de même des frais de la demande en séparation. L'arrêt fut cassé sur la question principale, qui était celle de la légalité. La Cour de cassation renvoya la question secondaire à la même Cour, qui devait statuer sur le fond. En sorte que cet arrêt ne forme aucun préjugé sur cette question secondaire, et qu'il faut attendre la décision ultérieure.

Mais l'allocation des frais de la demande en séparation, au même rang d'hypothèque que la dot, paraît être dans les principes. Tout ce qui tient à la conservation et à la condamnation de l'objet principal, participe aux priviléges qui y sont attachés. S'il en était autrement, la dot de la femme pourrait être atténuée, et même quelquefois anéantie. C'est aussi ce qui a été jugé, et par les motifs que je viens d'énoncer, par l'arrêt de la Cour royale de Riom, du 4 mars 1822, que j'ai rapporté dans le n° précédent. Cet arrêt adjuge même à la femme, au même rang d'hypothèque que la dot, les frais d'un traité qu'elle avait passé avec son mari, par la raison que ce traité avait eu pour objet la liquidation de ses droits, et l'exécution du jugement de séparation de biens, qu'elle avait obtenu contre son mari.

De ce qui vient d'être dit, il suit que s'il s'agissait d'objets pour lesquels la femme aurait une hypothèque légale, mais soumise à l'inscription, les intérêts et les dépens faits sur la demande en séparation, ou autrement, prendraient le rang d'hypothèque du capital, c'est-à-dire, à compter de l'inscription à laquelle ce capital serait sujet.

232. Pour achever de se former des idées sur l'hypothèque attachée aux droits des femmes sur les biens de leurs maris, il reste à examiner si la femme doit avoir une hypothèque légale à raison de ses droits extradotaux, quelle est la nature de cette hypothèque, et à quelle époque elle remonte.

Les lois du Digeste n'accordaient point à la femme d'hypothèque légale pour sa dot : on sent donc qu'à plus forte raison

elles ne lui en accordaient pas pour ses biens paraphernaux. D'après la loi 9, *de jure dotium*, elle n'avait contre son mari, pour les objets extradotaux qu'elle lui avait confiés, et qu'il lui aurait refusé de rendre, que l'action introduite par les lois contre les dépositaires ou les mandataires. *Depositi vel mandati agi poterit.* La loi unique, au Code *de rei ux. act.*, est la première, ainsi que je l'ai déjà dit, par laquelle Justinien donna à la femme l'hypothèque légale pour les biens dotaux. Et le même empereur, qui se plut particulièrement à donner la plus grande extension aux droits des femmes sur les biens de leurs maris, leur accorda l'hypothèque légale pour la répétition des sommes extradotales, par la loi *Si mulier* au Code *de pactis conventis de dote*. Il résulte de cette loi, que si le contrat de mariage contenait une clause qui constatât que la femme eût confié des sommes réservées, comme paraphernales, à la garde du mari, clause dont on voit un exemple dans la loi 9, ff. *de jure datium*, la femme, pour la remise de ces sommes, devait avoir une hypothèque à compter du jour du contrat de mariage, et que si cette clause n'était point dans le contrat, la femme devait avoir également une hypothèque légale, mais à compter seulement du jour où le mari les aurait reçues. *Ex præsenti nastra lege habeat hypathecam cantra res mariti, ex quo pecunias ille exegit.*

Quant au Code civil, le législateur, dans les art. 1575 et 1576, suppose que la femme jouit elle-même de ses biens paraphernaux. Cependant, il est possible que, soit par une convention qui les mette à la garde du mari, soit même sans convention, et contre le consentement de la femme, le mari perçoive des capitaux appartenans à celle-ci, qui, de leur nature, seraient paraphernaux; or, il n'est pas juste que, dans ce cas, la femme n'ait pas une hypothèque légale. Ce serait la placer dans une position trop rigoureuse, que de l'obliger à obtenir de son mari un titre qu'il pourrait lui refuser, ou une condamnation. Tel est aussi le résultat de l'art. 2121, ainsi que je l'ai déjà remarqué dans les n^os^ précédens. Cet article accorde à la femme une hypothèque légale pour tous ses droits, sans distinction; et je ne saurais approuver l'opinion contraire, énoncée par M. Planel à la fin de sa dissertation dont je viens de parler. Aussi, la Cour royale de Toulouse, dans son arrêt que j'ai cité, a admis fermement l'opinion que la femme a une hypothèque légale pour ses expéditions extradotales, dont le principe se tire de l'art. 2121; et cette Cour n'a pas moins bien établi que cette hypothèque, quoique légale, était assujettie à la formalité de l'inscription, d'après l'art. 2135 sainement entendu.

Ainsi, la femme, dans ce cas, a une hypothèque légale, mais du jour seulement des réceptions faites par le mari. Cette restriction prend une nouvelle force de l'analogie qui existe entre ce cas et ceux énoncés dans les 2e et 3e parties du § 2 de l'art. 2135. De plus, cette hypothèque ne prenant rang que du jour de l'inscription, la femme doit satisfaire à cette formalité le plus tôt possible, après la réception faite par le mari. Je vais encore plus loin; c'est que je croirais qu'il est sans difficulté que quand le contrat de mariage, qui aurait été passé avant le Code civil, contiendrait une clause portant que, pour les sommes extradotales que le mari pourrait recevoir dans la suite, la femme aurait, pour la répétition de ces sommes, une hypothèque à compter du contrat de mariage même, néanmoins, pour ces sommes reçues par le mari après la publication du Code civil, la femme n'aurait hypothèque que du jour des réceptions qui auraient été faites par ce dernier : tel serait encore le résultat des 2e et 3e parties du § 2 de cet art. 2135, sans qu'il y eût de rétroactivité. Cela tient à des points de droit que je traiterai dans la suite, qui se rattachent aux mêmes règles.

La Cour royale de Riom, 1re chambre, a jugé conformément à ces principes, par un arrêt du 5 février 1821, que la femme avait une hypothèque légale pour ses répétitions extradotales. Mais l'examen de

la question de savoir si cette hypothèque légale était ou non affranchie de l'inscription, devint inutile, parce que, dans l'espèce de l'arrêt, la femme avait pris une inscription sur les biens de son mari, avant le créancier qui voulait lui être préféré. Ce créancier contestait la légalité de l'hypothèque pour les répétitions extradotales ; mais, dans l'hypothèse de l'existence de cette légalité, il élevait une question qu'il est bon de connaître, parce qu'il en résulte l'occasion d'approfondir encore plus les principes de la matière. Il prétendait qu'au moins la femme n'avait pu prendre une inscription, en conséquence de son assertion que son mari avait reçu, dans le cours du mariage, une somme qu'elle s'était réservée comme paraphernale, dans son contrat de mariage, quoiqu'elle ne l'eût pas confiée à la garde de son mari : elle l'avait placée entre les mains d'un tiers, duquel le mari l'avait retirée. Le créancier soutenait que l'inscription devait au moins être appuyée sur un titre qui constatât la réception de la part du mari : et, dans l'espèce, ce titre n'existait pas précisément; en sorte que la question devenait délicate.

Ce n'eût pas été sans fondement qu'on eût dit, en faveur de la femme, qu'il est dans la nature de l'hypothèque légale, dans ce cas, de n'avoir besoin ni de titre, ni de jugement ; que la femme pouvait toujours faire un acte conservatoire, qui avertît suffisamment les tiers qui voudraient contracter avec son mari, de se tenir en garde, sauf ensuite à prendre, de la part du mari, les mesures convenables pour obtenir la radiation de l'inscription, s'il y avait lieu ; sans quoi, la femme serait souvent exposée à perdre ses droits extradotaux. Mais ce qui aplanit cette difficulté, ce qui même la fit disparaître, c'est la circonstance que sur des refus réitérés du mari de reconnaître la somme qu'il avait touchée, et s'étant élevé une instance à ce sujet, il fut fait une enquête de laquelle il résultait que le mari avait touché la somme extradotale, au paiement de laquelle il fut ensuite condamné par un jugement qui avait acquis l'autorité de la chose jugée. L'inscription de la femme avait été prise peu de temps après l'enquête, mais avant le jugement de condamnation. La Cour royale pensa qu'il était impossible de ne pas regarder l'enquête comme une preuve judiciaire qui devait avoir le même effet qu'un titre de la part du mari, qui aurait établi la réception de la somme.

Mais tout ce que je viens de dire ne concerne que les sommes capitales qui sortent nature de biens extradotaux. Car s'il est seulement question de fruits ou revenus de ces biens perçus par le mari en vertu de procuration de la femme, avec charge de lui rendre compte, il y a un autre principe à suivre, et tel est l'objet de la restriction que j'ai annoncé, au n° 229, devoir apporter à la règle que l'hypothèque légale a lieu en faveur de la femme, pour tous ses droits quelconques. Ce principe se tire de l'art. 1577 du Code civil; il y est dit que, dans ce cas, le mari sera tenu vis-à-vis de la femme, *comme tout mandataire*. Il résulte de ces termes toute exclusion d'hypothèque : il ne reste que les moyens qu'on aurait contre tout autre mandataire pour en obtenir une. Tel était le point de vue sous lequel M. Tarrible entendait cet article, dans son opinion précédemment rapportée. Aussi, faut-il remarquer que de la manière dont est conçue la loi *Si mulier*, elle n'a voulu accorder l'hypothèque légale que pour les sommes capitales qui seraient extradotales à la femme, et que le mari aurait reçues. Le mot *pecunias*, qui se trouve dans le passage ci-dessus, se rapporte à celui, *sortis*, qui est précédemment dans le texte de la loi. On sent que si la femme avait une hypothèque légale pour les fruits et revenus extradotaux qui paraîtraient avoir été perçus par le mari, il en résulterait souvent des fraudes au préjudice des créanciers.

233. Un arrêt de la Cour de cassation, du 4 janvier 1815, rapporté par Denevers, *même année*, *pag.* 112, a jugé une question relative à la date de l'hypothèque de la femme, pour un recouvrement fait pour elle par son mari. Mais l'espèce

et les circonstances ne sont pas suffisamment connues pour que cet arrêt puisse être utile en jurisprudence.

Il faut distinguer les cas dans lesquels les décisions devraient être différentes; mais je ne m'occuperai plus de ce qui concerne la réception des sommes extra-dotales faite par le mari, je viens de m'en expliquer.

S'il s'agit de la réception faite par le mari, pendant le mariage, de la somme constituée en dot à la femme lorsqu'elle s'est mariée, il est sans difficulté qu'alors l'hypothèque légale remonte au jour même du mariage, et non pas seulement au jour de la réception. La loi 1re, ff. *qui potiores*, etc., est précise pour ce cas : *Non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis.* Il est cependant vrai que cette décision se rapporte particulièrement au cas où la dot, d'après le contrat de mariage, serait payable de suite et sans termes; et s'il y avait des termes, il pourrait s'élever la question de savoir si, alors, l'hypothèque devrait remonter au contrat de mariage, ou seulement au jour des paiemens. La raison de douter est que, dans l'esprit de cette loi, ainsi que dans celui de la loi 1re, au Code *de dote cauta*, etc., le mari qui s'est obligé à la restitution de la dot qu'il n'a pas été en son pouvoir de se faire payer, est censé n'avoir pas obligé ses biens avant le paiement effectué, tandis que l'hypothèque doit être accomplie contre le mari, du jour de l'obligation de restituer, lorsqu'il n'a dépendu que de lui de toucher la somme promise.

Mais dans notre législation, cette distinction n'a jamais été observée, au moins pour la dot. Soit qu'il y ait des termes, soit qu'il n'y en ait pas, le contrat de mariage emporte de droit l'obligation du mari de la restituer, et tous ces biens sont affectés à l'hypothèque légale dès le jour du mariage. L'art. 3135 du Code civil accorde l'hypothèque légale, affranchie de l'inscription, *à la dot*. Or, tout ce qui existe lors du mariage est dot. Cette disposition absolue ne permet pas de descendre dans les distinctions du droit sur le sort de l'hypothèque attachée à des obligations conditionnelles. L'obligation de celui qui promet la dot, même à termes, emporte l'hypothèque du jour même qu'elle est faite, sauf à la rendre efficace par l'inscription. Il doit en être de même de la restitution de la part du mari, mais avec affranchissement de l'inscription, à raison du privilége de la femme. Il doit y avoir réciprocité, ainsi que le dit Coquille, sur l'art. 18 du chap. 3 de la Coutume de Nivernais.

Ce que l'on vient de dire doit avoir lieu, et par les mêmes motifs, dans le cas où les sommes que le mari aurait touchées, pendant le mariage proviendraient de titres ou obligations qui auraient appartenu à la femme, et qui auraient été constitués en dot. On doit porter la même décision pour les remboursemens qui auraient été faits au mari, pendant le mariage, de rentes foncières ou constituées qui auraient appartenu à la femme lors du mariage. Si le mari avait laissé prescrire ces rentes, il en serait responsable envers la femme; et pour cette même responsabilité, il y aurait une hypothèque à compter du mariage. On ne conçoit pas qu'il dût ne pas en être de même, parce qu'il y aurait la circonstance que le mari aurait touché, n'importe l'époque.

De ce que la femme, d'après l'art. 2135 du Code civil, n'a hypothèque pour le remploi de ses propres aliénés que du jour de la vente, on ne doit pas en conclure que pour ses capitaux de rentes rachetées et touchées par le mari, elle n'a hypothèque que du jour de ce rachat. Il n'y a pas de parité d'un cas à un autre. Quelle en est la raison? Basnage, Traité des hypothèques, *chap.* 12, *pag.* 225 *et* 230, *édit. in*-12, la donne d'une manière solide. La raison, dit-il, de la différence entre ces sortes de reprises (des rentes), et le remploi des propres aliénés, est que le rachat des rentes appartenantes à la femme, fait par ses débiteurs, entre les mains du mari, en qualité d'administrateur des biens de sa femme, est considéré comme une vente forcée, étant toujours en la faculté du débiteur de se libérer, et n'étant pas

au pouvoir du créancier de refuser le rachat de la rente; au lieu que l'aliénation qui se fait pendant le mariage des propres de la femme, est volontaire et libre de sa part, puisqu'elle ne se peut faire sans son consentement. Aussi cet auteur atteste qu'il était d'un usage incontestable, au parlement de Paris, que dans tous les ordres on donnait à la femme la même hypothèque et préférence, pour ses rentes, qu'à la dot, *dont on peut dire que lesdites rentes font une partie, lors, particulièrement, qu'elles appartiennent à la femme auparavant son mariage.*

Il en serait de même, suivant le même auteur, pag. 230, quand la femme aurait signé la quittance, conjointement avec son mari. « La signature de la femme, à la quittance, ne fait aucune différence, puisque ce n'est autre chose qu'une conséquence que son mari a reçu, et non point une aliénation de la chose qu'elle fasse au débiteur. Le rachat des rentes n'est point une aliénation, mais seulement une résolution du contrat, et un retour des choses au premier état, puisque après cela il ne reste plus rien de la rente. »

Ce serait seulement dans le cas où les rentes seraient provenues de successions échues à la femme, ou de donations à elle faites pendant le mariage, et où néanmoins les rentes seraient dotales, ce qui arriverait s'il y avait eu une constitution en dot de tous les biens présens et à venir, qu'il n'y aurait hypothèque légale, avec affranchissement d'inscription, que du jour de l'ouverture de la succession, ou de l'effet de la donation. Encore doit-on remarquer que quand les rentes auraient été remboursées au mari après l'ouverture de la succession, ou après la donation, l'hypothèque remonterait à ces mêmes époques; parce que dès l'instant de l'ouverture de la succession, ou de l'effet de la donation, les objets étant dotaux, le mari en est devenu administrateur, et a contracté une responsabilité pour l'avenir.

Mais s'il s'agissait de sommes qui n'auraient pas appartenu à la femme lors du mariage, qui lui reviendraient seulement par un nouveau droit, comme par suite de quelque action rescisoire qu'elle aurait exercée, et que son mari eût touchées, l'hypothèque de la femme ne daterait que du jour de la réception faite par le mari. On ne peut attribuer une hypothèque à ces répétitions avant leur existence. La femme n'a donc hypothèque, à cet égard, que du jour de la réception qui en constitue l'administration et la responsabilité contre le mari. C'est ce qu'explique très bien Henrys, d'après les lois et des autorités qu'il rapporte, *liv.* 4, *chap.* 34. Cette opinion prend toujours, sous notre législation actuelle, un nouveau degré de force, au moins par analogie, des 2e et 3e parties du § 2 de l'art. 2135 du Code civil. Il en est ainsi, soit que les objets reçus par le mari soient dotaux, comme s'il y avait eu constitution en dot de tous biens présens et à venir, soit qu'ils soient paraphernaux. Mais il y aurait cette différence importante, qu'au premier cas l'inscription ne serait pas nécessaire, au lieu qu'elle le serait dans le second cas, en partant toujours du principe que je pense qu'on doit admettre, que l'hypothèque légale, pour les biens paraphernaux, n'est point affranchie de l'inscription.

Enfin l'art. 1543 du Code civil veut, à la différence du droit romain, que la dot ne puisse être constituée, ni même augmentée pendant le mariage : les conventions matrimoniales doivent être réglées par un seul acte qui précède la célébration du mariage. Ainsi les sommes reçues à titre de nouvelle constitution ou d'augmentation de dot, ou à tout autre titre, tel que celui de reconnaissances, ou de *confession* de dot, termes dont se servent quelques auteurs, ne peuvent avoir hypothèque que du jour de la réception de la part du mari, et avec inscription ou sans inscription, selon qu'il y a eu dotalité ou extradotalité. Mais, dans ces derniers cas, la femme doit toujours prouver d'où ces objets lui sont provenus; *undè habuerit*, sans quoi les créanciers seraient fondés à les faire rejeter, parce que ces sortes d'actes pourraient être regardés comme faits en fraude de leurs créances, ou comme des donations déguisées faites à la

femme. C'est aussi par ces motifs que la Cour royale de Toulouse, par un arrêt du 23 décembre 1818, *Denevers, an* 1819, *pag.* 29. *suppl.*, a débouté une femme d'une demande en collocation pour une somme de 6,000 fr., qu'il était dit, par un acte notarié, que le mari avait reçue, pendant le mariage, pour sa femme, d'un oncle de cette dernière. Cette Cour se fonda sur ce que rien ne prouvait la numération réelle de cette somme. Tout ceci rentre dans les circonstances de fraude, qui font toujours exception à la loi. On peut, au surplus, consulter là-dessus Bretonnier sur Henrys, *loco citato*, et Mathéus, *de afflictis*, décis. 402.

234. Mais pour se former des idées encore plus précises sur les effets des quittances des dots des femmes, données par le mari, quant à l'hypothèque qui doit en résulter sur les biens de ce dernier, il est indispensable de connaître des difficultés qui s'étaient élevées, à cet égard, depuis long-temps, avant le Code civil, et qui pourraient s'élever encore sous ce Code, parce qu'il ne contient point de règles fixes à ce sujet.

Les paiemens de la dot devaient-ils être établis par des quittances? Ces quittances doivent-elles être notariées, ou devaient-elles avoir reçu l'authenticité de toute autre manière, *sous peine de nullité?* En cas d'affirmative, la femme devait-elle perdre sa dot, au moins respectivement aux créanciers de son mari, qui se présentaient sur les biens de celui-ci en concurrence avec elle? Telles sont les questions qui ont long-temps été agitées dans les tribunaux, et sur lesquelles nous ne craignons pas de dire qu'il y a eu une longue aberration de principes.

Ce qui avait fait naître ces difficultés, c'était, d'un côté, la disposition de l'article 130 de l'ordonnance de 1629, où il est dit : « Toute quittance de dot sera passée par-devant notaires, *à peine de nullité pour le regard des créanciers seulement;* » et, d'un autre côté, la disposition d'une déclaration du 6 mars 1696, qui exigeait que les quittances de dot fussent passées devant notaires.

Quant à l'ordonnance de 1629, on l'écartait en se fondant sur ce que dans plusieurs parlemens du royaume, et notamment dans le ressort du parlement de Paris, cette ordonnance n'avait jamais eu force de loi [1]; et en ce qui concernait la déclaration de 1696, on la combattait, sur le fondement de son caractère de bursalité, et sur ce que, d'ailleurs, elle ne prononçait pas la peine de *nullité*, et que les nullités ne se suppléent pas. On allait plus loin; on attaquait tout à la fois, sous le rapport de la *nullité*, et l'ordonnance de 1629, et la déclaration de 1696. On disait que cette déclaration étant postérieure à l'ordonnance de 1629, et n'ayant pas prononcé la peine de *nullité*, il en résultait, à cet égard, une dérogation à l'ordonnance de 1629. Ces derniers moyens étaient cependant très faibles en eux-mêmes. En effet, si la déclaration de 1696 ne disait pas expressément *à peine de nullité*, elle prononçait cette peine, au moins virtuellement, puisqu'il y était dit, art. 8, que...... les quittances de dot et décharges données en conséquence seraient passées devant notaires, *à peine de privation de privilèges et hypothèques.* Mais ce qui détruisait la force et la vigueur de ces deux lois, c'est qu'elles étaient si mal conçues, qu'il n'était pas possible qu'elles fussent littéralement observées, sans commettre des injustices évidentes, et qu'elles ne tombassent pas en désuétude.

En effet, on voulait éviter des fraudes, en prescrivant l'authenticité des quittances de la dot; mais la femme devait-elle être victime de ce que ces quittances n'auraient pu être rapportées? Il est bien sensible que souvent le mari avait pu lui refuser des quittances ou des reconnaissances de ce qu'il avait reçu pour elle, des mains de tierces personnes, ou d'elle-même. Et dans ces cas, la perte de sa dot

[1] Voyez ce que j'ai dit à ce sujet, à la note sur le n° 14. Ce que j'y ai dit est encore confirmé dans le récit des moyens opposés lors de l'arrêt de 1781, transcrit dans la note suivante

était une conséquence sur laquelle il était difficile de fermer les yeux. Ensuite l'authenticité des quittances était-elle un moyen d'obvier aux fraudes? Une quittance notariée pouvait être simulée tout comme une quittance sous seing privé. Il fallait donc toujours en venir aux moyens de vérifier si, par les circonstances, il y avait fraude ou non. On était encore forcé d'admettre des preuves, même testimoniales, qui eussent établi la réception faite par le mari, d'objets appartenans à la femme, et les consistances de ces objets.

Cependant des auteurs, même de poids, penchaient toujours pour l'exécution stricte de l'ordonnance de 1629, et de la déclaration de 1696, et notamment Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions, part. 2e, chap. 8, pag.* 180. Il en était de même de certaines Cours : le principe était modifié par d'autres. Mais il ne sortait pas d'idées nettes de la jurisprudence qui se formait. On en est convaincu lorsqu'on consulte les arrêts rapportés sur cette question, dans le Répertoire de jurisprudence, au mot *Dot*, § 3. Enfin, cette jurisprudence acquit de la consistance et beaucoup plus de lucidité, d'après un arrêt célèbre en cette matière, rendu par le parlement de Paris, le 3 septembre 1781. Cet arrêt fit une telle impression, et rectifia tellement les idées, que je crois devoir le soumettre, en note, sous les yeux du lecteur [1].

Il en résulte qu'on doit abandonner

[1] Je connaissais cet arrêt, d'après le récit qu'en donne Roussille, *Traité de la dot*, par une addition à la page 201 du tome 2e, qu'il a transportée à la page 367 du même tome, avant que j'eusse remarqué qu'il est aussi rapporté dans le Répertoire de jurisprudence, *loco citato*, no 7. Je choisis le récit de l'auteur du *Traité de la dot*, parce qu'il est beaucoup plus court. On peut cependant, au besoin, consulter celui du Répertoire.

Voici ce que dit Roussille, qui annonce l'espèce de l'arrêt, et les moyens employés de part et d'autre.

« La dame Guerin de Villeneuve, mariée en 1755 avec le sieur Cudel, chevalier de Saint-Louis, ayant fait prononcer, en 1773, la séparation des biens et la restitution de ses droits dotaux, les sieurs Guienau, Trecourt et Pernin, créanciers du mari, prétendirent faire annuler la quittance de la dot, passée en 1766, sous prétexte qu'elle avait été faite sous *seing privé*, *pendant la durée du mariage*, et soutinrent que la dot n'avait pas été payée, ou que si elle l'avait été, la dame de Villeneuve s'était emparée des deniers, et ne pouvait plus les reprendre, en vertu de sa séparation, sur les biens du mari. Ils accumulaient des circonstances et des présomptions de fraude telles que sur l'appel d'une sentence du bailliage de Mâcon, intervint un arrêt, le 29 août 1778, en la seconde chambre des enquêtes, au rapport de *M. de Tanlay*, qui renvoya les parties au bailliage pour y contester sur la nullité de la quittance de dot, parce qu'un incident de forme ne permit pas de prononcer définitivement sur le fond.

« Une sentence du 13 juin 1780, jugea néanmoins la validité de cette quittance, et adjugea la demande en restitution de la dot et des autres avantages du mariage. Appel en la Cour, où les créanciers soutinrent que l'arrêt de 1778 était un préjugé dont le bailliage n'avait pas pu s'écarter; qu'au lieu d'avoir défendu la quittance des soupçons de fraude qui l'environnaient, ces soupçons n'avaient fait que prendre une nouvelle force; que la nullité d'un écrit de ce genre, présumé frauduleux par lui-même lorsqu'il est fait *constante matrimonio*, était textuellement prononcée par l'article 130 de l'ordonnance de 1629, registrée, soit au parlement de Paris, où les parties plaidaient, soit à celui de Dijon, dans le ressort duquel les époux avaient contracté, et avaient leur domicile et les biens soumis à l'hypothèque de la dot. Ils invoquaient aussi la déclaration du 19 mars 1696, et citèrent Louet, Papon, Basset, Expilly, Bacquet, le Dictionnaire des domaines, comme donnant tous pour maxime incontestable que les quittances de dot, sous seing privé, sont nulles à l'égard des créanciers. C'étaient les moyens développés dans deux mémoires imprimés, par M. Charpentier de Beaumont, avocat des créanciers.

« M. Robin de Mozas, chargé sur cet appel de la défense de la dame de Villeneuve, répondait que le danger qu'elle avait couru de perdre sa dot était le fruit d'une mauvaise défense, qui avait laissé à l'attaque des créanciers un avantage trop sensible, et occasionné l'arrêt de 1778; mais que la Cour reviendrait aisément à la vérité, dès qu'on la lui présenterait comme il convient, et qu'on mettrait sous ses yeux un tableau fidèle des faits et des actes qu'on lui avait laissés ignorer. Il faut distinguer, disait-il, le cas où le contrat de mariage porte, comme ici, la promesse d'une dot fixe avec terme pour la payer, et où l'on voit une quittance passée par le mari, en conséquence de ce contrat, lorsque les débiteurs de la dot viennent la lui payer et s'acquitter de leur obligation, d'avec le cas où le contrat de mariage, ne portant rien de semblable, le mari déclare, pendant le cours du mariage, avoir reçu une somme pour la dot de sa femme : alors on pourrait présumer une libéralité déguisée entre les époux, un détour imaginé pour frauder les créanciers et procurer à la femme le moyen de leur soustraire les biens du mari. On sera du moins réduit à la nécessité de montrer aux créanciers quelle a été l'origine de la dot, et dans quelle source les deniers en ont été puisés; on élèvera la question *undè mulier habuit*; et faute de pouvoir établir la vérité et la sincérité de la quittance, elle sera réputée frauduleuse, et nulle à l'égard des tiers qui n'ont pu parer à la fraude.

« Mais l'espèce est différente : la mère de la dame Villeneuve lui a constitué, dans le contrat de mariage, une somme fixe, dont elle promet de lui payer l'intérêt jusqu'à l'acquittement qu'elle se réserve d'en faire, en tout ou en

les principes qu'on puisait dans l'ordonnance de 1629 et dans la déclaration de 1696. On doit revenir à ce que disait Denisart, au mot *Dot*, n° 57, lors même qu'il avait cité un grand nombre d'arrêts rendus sur cette question. « Ces divers arrêts, disait-il, prouvent que ces sortes d'affaires dépendent beaucoup des circonstances, et n'ont guère de règles fixes. » L'authenticité des quittances de la dot est indifférente. Les quittances, qu'elles soient authentiques ou sous seing privé, sont-elles sincères? Peuvent-elles être réputées frauduleuses à l'égard des créanciers, d'après des circonstances de fraude qui seraient articulées? Voilà le point essentiel. L'existence de toutes quittances quelconques, ou de reconnaissances, n'est même pas toujours nécessaire. La justice doit venir au secours d'une femme qui n'a pu s'en procurer. Elle peut y suppléer par des preuves testimoniales, ne s'agissant pas de convention, mais de faits dont la certitude par écrit est souvent indépendante de sa volonté. Elle a pour ses répétitions une fois établies et liquidées, n'importe comment, une hypothèque sur les biens de son mari. L'époque à laquelle l'hypothèque remonte doit être fixée selon que ces répétitions auraient existé lors du mariage, ou qu'elles seraient provenues seulement de successions ouvertes, ou donations faites pendant le mariage. Enfin, l'hypothèque, pour ces répétitions, est affranchie de l'inscription, ou elle est assujettie à cette formalité, selon leur caractère de dotalité ou de paraphernalité, d'après les principes déjà développés dans cette section.

On peut tirer des inductions, pour appuyer ce que je viens de dire, des deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 1er février 1816, l'autre du 16 juillet 1817, rapportés dans la 3e édition des *Questions de droit*, de M. Merlin, au mot *Hypothèque*, § 3, n° 3. Par le premier, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour royale de Caen, en se fondant sur ce que « le contrat de mariage de la dame Savary n'avait pas été pris en considération, relativement à l'hypothèque que l'on avait uniquement fait résulter de la disposition de la loi, mais seulement pour établir *la consistance*

« partie, lorsqu'il lui rentrera des fonds, par des ventes ou des remboursemens de capitaux. Les actes prouvent que ces deux événemens ont eu lieu, et qu'aussitôt que la mère a touché des fonds, elle a payé au mari la totalité de la dot, et s'est contentée d'en prendre une quittance sous seing privé, qui est même très détaillée et forme une espèce de transaction entre la belle-mère et le gendre. Ainsi le contrat de mariage, les actes et les pièces justificatives des négociations, par lesquelles la débitrice s'est procuré les fonds nécessaires pour sa libération, forment un enchaînement de preuves qui établissent tout à la fois et l'origine des deniers qui ont servi à payer la dot, et la sincérité de la quittance, et la cer[illegible]e de sa date; ce qui exclut tout soupçon de fraude, ou de simulation, ou de libéralité déguisée. Absurde après cela de dire que la femme s'est emparée des deniers, ou de rechercher quel emploi en a été fait. Il suffit de répondre qu'une femme qui existe sous l'autorité du mari, ne doit aucun compte; le mari a reçu; et quand ce serait la femme, il serait présumé de droit, *tanquam potentior*, s'être emparé des deniers.

« Ainsi, dans l'hypothèse précise où la contestation se présente, la quittance sous seing privé est aussi valable qu'une quittance donnée par acte public: c'est la distinction essentielle faite par Basnage, le grand Coquille, Vaslin, Brillon, Bretonnier, Augeard, etc.; elle répond seule aux autorités citées dans les mémoires adverses.

« On les discutait ensuite, et on faisait sentir leur inapplication; on répondait à l'art. 130 de l'ordonnance de 1629 qu'il résultait du témoignage de Brillon et Bretonnier que cet article n'était point exécuté même dans les trois ou quatre parlemens qui avaient été obligés d'enregistrer cette ordonnance; que la déclaration de 1696 n'était qu'une loi bursale, qui, d'ailleurs, ne statuait rien sur les quittances de dot; que le Dictionnaire des domaines était composé dans le même esprit de fiscalité, qui voudrait assujettir au contrôle les moindres engagemens des citoyens; que la citation de Denisart, qui ne fait que rapporter l'ordonnance de 1629, sans parler des réclamations de tous les parlemens, n'avait pas plus de force, et l'on expliquait le véritable sens de cette ordonnance. On représentait encore que la femme ne pouvait jamais souffrir de ce qu'il a plu à la mère et au mari de se contenter d'une quittance sous seing privé; que s'il était même possible d'annuler un pareil titre, la femme n'aurait pas moins son recours sur les biens du mari, qui ne pourrait jamais désavouer sa propre quittance, et que l'hypothèque de cette action remontant toujours à l'époque du mariage, elle produirait le même effet, et exclurait par conséquent les créanciers dont les plus anciens droits ne dataient que d'un temps postérieur même à la quittance de dot. On réfutait ensuite toutes les présomptions particulières de fraude qu'ils opposaient. Sur ces moyens est intervenu, en la même chambre, au rapport du même magistrat, l'arrêt du 3 septembre 1781, qui confirme la sentence, et condamne les créanciers aux dépens envers la dame de Villeneuve. »

des sommes et effets mobiliers apportés par elle à son mari; qu'à cet égard, le contrat de mariage, quoique fait sous signatures privées, et enregistré postérieurement à la publication du Code civil, avait pu paraître suffisant pour les constater, parce qu'il en contenait le détail, et de plus, parce que sa date antérieure à la publication du Code, était devenue certaine par le décès d'une partie des signataires avant cette publication; en outre, parce que l'arrêt attaqué attestait qu'il n'avait été articulé *aucun fait de fraude* contre les stipulations de cet acte; et qu'enfin les droits de la femme Savary avaient été reconnus, soit par la sentence de séparation de biens obtenue par elle contre son mari, soit par un acte de liquidation passé devant notaires, le 21 septembre 1811. »

On retrouve l'application des mêmes principes par lesquels la question doit être décidée, dans les motifs du second arrêt que j'avais déjà cité dans ce Traité, sous le rapport d'une autre question qu'il juge aussi. « Attendu qu'il ne s'est élevé de difficulté entre les parties, que sur ce que deux quittances produites par la femme Goblot, pour établir ses apports, n'étaient pas passées devant notaires; et qu'à cet égard, d'une part, les lois citées (la déclaration de 1696, et une déclaration conforme, du 11 décembre 1703, concernant les fonctions des notaires en Normandie), n'ont pour objet que de *prévenir les fraudes au préjudice des tiers* (la question ne peut en effet s'élever à l'égard du mari ou de ses héritiers); que, d'autre part, l'arrêt attaqué fait mention que les quittances ne présentent aucun indice de dol; qu'il n'en a même pas été allégué, qu'enfin elles sont rappelées dans l'acte de partage fait devant notaires, le 28 vendémiaire an 13, après le décès du père de la femme Goblot; ce qui a imprimé à ces quittances le caractère de publicité le plus propre à rassurer la justice. »

235. Les règles relatives à l'hypothèque légale des femmes, établies par le Code civil, reçoivent de fortes modifications par le Code de commerce, à l'égard des femmes dont les maris tombent en faillite. Ces modifications font la matière de l'art. 544 du Code de commerce et des suivans, jusques et compris l'article 557.

Les dispositions de ces articles sont tellement précises, qu'il est difficile de prévoir qu'il puisse s'élever des difficultés sur leur exécution. Je ne crois donc pas devoir ici transcrire ces articles; je me borne à y renvoyer. Au surplus, M. Tarrible, *Rép. de jurispr.*, au mot *Inscrip. hyp.*, § 3, *n°* 13, a développé le sens de ces articles, et il l'a fait d'une manière tellement sûre, que je ne pourrais que le copier, ce qui certainement serait inutile.

236. Tout ce que j'ai déjà dit sur l'article 2135 ne suffirait certainement pas pour en bien saisir le sens. Il a donné lieu à des difficultés importantes sur lesquelles il est indispensable de se former des idées justes. Ces difficultés existent sous trois rapports.

1° Que résulte-t-il de cet article, respectivement à des tiers qui auraient acquis des droits sur les biens du mari avant la promulgation du Code civil?

2° Quel effet peuvent avoir les dispositions de cet article à l'égard des femmes mariées avant cette même promulgation du Code civil?

3° Si cet article ne doit pas avoir de rétroactivité à l'égard des tiers, n'est-il pas juste aussi qu'il n'en ait pas relativement à la femme mariée avant le Code civil?

237. PREMIÈRE QUESTION. L'art. 2135 se termine par ces expressions : « Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre. » L'application de cette partie de l'article se fait d'abord aux créanciers du mari, qui, avant le Code civil, et sous l'empire de la loi de brumaire an 7, auraient pris des inscriptions sur les biens de ce dernier, tandis que la femme n'en aurait pas pris pour ses droits. On sait que d'après cette loi, *art.* 2, 3, 21, 22 *et* 23, les hypothèques des femmes, même

mariées avant cette loi, étaient soumises, quoique légales, à l'inscription; en sorte que si, sous cette loi, elles n'avaient pas pris d'inscription, ou si celle qu'elles auraient prise, après la publication de cette même loi, était postérieure aux inscriptions des créanciers du mari, ceux-ci primaient les hypothèques des femmes. Or, c'est cet avantage acquis à ces créanciers, qui a été conservé par le législateur. Il a voulu que l'art. 2135, qui affranchit l'hypothèque de la femme de la formalité de l'inscription, relativement aux droits qui y sont énoncés, n'eût pas d'effet rétroactif. C'est sur ce motif que la Cour royale de Paris, par un arrêt du 19 août 1808, rapporté par Sirey, *an* 1809, 2e *partie*, *pag.* 23, a jugé en faveur d'un créancier diligent, contre la femme qui avait négligé de s'inscrire sous la loi de brumaire, même dans le cas où il s'agissait de son douaire.

238. Deuxième question. Mais en s'occupant actuellement de l'intérêt des femmes, il faut porter son attention sur le sens et l'étendue de la dernière partie de l'article dont on vient de rapporter les termes. Il est bien évident que cette partie de l'article se réfère aux femmes mariées antérieurement à la publication du Code civil; et, par cela seul, il est certain que le législateur a eu en vue les femmes qui étaient dans ce cas, soit que leur mariage eût été contracté sous la loi de brumaire, soit qu'il l'eût été auparavant. La disposition de l'art. 2135 est donc devenue commune à toutes les femmes qui étaient mariées à l'époque de la publication du Code civil; et de là il résulte que les unes comme les autres ont eu la faveur de l'hypothèque légale pour les objets énoncés dans l'article, et à compter des époques qui y sont fixées, selon la nature de ces divers objets.

On peut donc dire que, pour toutes les femmes qui étaient mariées lors de la promulgation du Code civil, l'art. 2135 a tenu lieu d'inscription sur les biens de leur maris, sans qu'il y en ait eu de réellement prise, quelle qu'ait été l'époque de leur mariage, quelles qu'aient été les dispositions des lois antérieures au Code civil, sur le mode de conservation de leurs biens. L'article 2135 a eu l'effet de faire remonter l'hypothèque légale de toutes les femmes mariées avant ou après le Code civil, au mariage, pour la dot et les conventions matrimoniales; et, pour les autres objets, aux époques indiquées dans cet article. La seule différence qu'il y ait, c'est que, par rapport aux femmes qui étaient mariées avant le Code civil, les créanciers du mari, qui avaient acquis des droits par des inscriptions prises sous la loi de brumaire, les femmes ayant négligé d'en prendre sous la même loi, quoique l'obligation leur en fût imposée, ont conservé ces droits. Il est sensible qu'il n'y a là aucune rétroactivité dont aient à se plaindre les créanciers, puisque le droit de ceux qui ont été diligens est conservé, et que le droit de ceux qui n'avaient point pris d'inscription reste le même; ils ont à s'imputer de n'avoir pas pris une inscription, lorsqu'ils pouvaient le faire utilement. Il est également évident que le sort du mari débiteur n'est point aggravé, puisque, dans tous les cas, il doit payer ce qu'il doit, et que sa dette est toujours la même. Tel est le sens dans lequel se sont expliqués, et avec raison, MM. Tarrible, *Rép. de jur.*, aux mots *Inscription hypot.*, § 3, *n*^o^ 12, et Chabot (de l'Allier), *Quest. trans.*, *tom.* 2, *pag.* 61 *et suiv.*

Telle est aussi la direction qui a été donnée à la jurisprudence. Cette question a été ainsi jugée par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 24 décembre 1806, par un arrêt de la Cour de cassation, du 8 novembre 1809, et on voit partir des mêmes idées dans un arrêt de la Cour royale de Colmar, du 31 août 1811. Dans l'espèce de ce dernier arrêt, les créanciers avaient contracté avec le mari sous le régime de la loi de brumaire, pendant lequel la femme n'avait point pris d'inscription. Ils n'en avaient pas pris non plus, et ils prétendaient qu'ils avaient cru pouvoir contracter, parce qu'ils ne devaient pas penser que la femme eût une hypothèque, dès qu'elle ne s'était pas fait inscrire. C'était très mal inter-

prêter la loi : car elle ne prescrivait pas à la femme la mesure de l'inscription, pour acquérir un droit, mais seulement pour le conserver, par préférence aux créanciers du mari, qui auraient pu se faire inscrire. Il n'y avait qu'une inscription de leur part qui leur eût assuré une hypothèque par préférence à celle de la femme; et cette inscription n'existant pas, le droit de la femme a été conservé dans son intégralité par l'art. 2135, qui a valu pour elle inscription, comme il aurait été conservé par une inscription qu'elle aurait prise, les créanciers du mari n'en prenant pas, ou n'en ayant pris qu'après elle. Enfin, les mêmes principes ont été confirmés par un autre arrêt de la Cour de cassation, du 12 mars 1811, qui, ainsi que cela devait être, les déclara communs aux mineurs, à l'égard de leurs tuteurs [1].

Mais ce dernier arrêt est infiniment remarquable. Dans l'espèce qui se présentait, des mineurs, créanciers de leur tuteur avant le Code civil, réclamaient leur hypothèque sur les biens de ce tuteur. Ils n'avaient pas pris d'inscription; ils luttaient contre les administrateurs d'un hospice, qui réclamaient une hypothèque sur les biens du même individu, qui était comptable envers cet hospice. Ces administrateurs avaient aussi une hypothèque légale, mais à la charge de l'inscription, et ils n'en avaient pas pris. L'arrêt accueillit la réclamation des mineurs, dont l'hypothèque était fondée sur l'art. 2135 du Code civil, de préférence à celle des administrateurs. En sorte que le résultat de l'arrêt est que le créancier avec hypothèque légale, mais à la charge toutefois de l'inscription, et qui ne s'est pas fait inscrire, doit être considéré respectivement aux mineurs, ce qu'on peut encore dire de la femme, comme tout créancier ordinaire qui n'a pas pris d'inscription sous le régime de la loi de brumaire.

[1] Sur ces quatre arrêts, voyez Denevers, an 1807, pag. 45, *au suppl*, an 1809, pag. 475; an 1811, pag. 228; et an 1812, pag. 25, *suppl*.

239. Troisième question. Mais si les dispositions de l'article 2135 ne doivent pas avoir un effet rétroactif contre des tiers, respectivement aux droits qui leur seraient acquis, elles ne doivent pas en avoir non plus contre la femme mariée. Ceci a besoin d'explication pour être entendu. Au n° 227, où j'ai développé le sens de l'art. 2135, j'ai dit que la restriction établie dans les 2e et 3e parties du paragraphe 2 de cet article, de l'époque à laquelle remontait l'hypothèque de la femme, pour les successions à elle échues, pour les donations à elle faites, pour l'indemnité des dettes qu'elle avait contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, que cette restriction, dis-je, était contraire à quelques Coutumes de France, et à une jurisprudence constamment établie dans le ressort de quelques parlemens; que ces Coutumes et la jurisprudence de ces parlemens faisaient remonter, contre les vrais principes, l'hypothèque de la femme, pour ces répétitions, à l'époque de mariage même, quoique ces répétitions n'eusseut pris naissance que pendant le mariage. Or, pour les femmes mariées dans ces Coutumes, ou dans le ressort de ces parlemens, doit-on suivre, quant à la restriction de la date de l'hypothèque, les dispositions de l'art. 2135? Serait-ce tomber dans un vice de rétroactivité qu'on doit éviter?

On avait admis comme principe que pour tout ce qui tenait à la conservation des droits des femmes, à la nature et aux privilèges attachés aux biens qu'elles recueilleraient pendant le mariage, à leur capacité, soit relativement à l'aliénation de leurs biens, soit par rapport à la renonciation à leurs droits et hypothèques, on devait se régler par la loi sous l'empire de laquelle les femmes s'étaient mariées, ou par la loi à laquelle il était dit par le contrat de mariage qu'elles s'étaient soumises. Il était également reçu que tout ce qui concernait ces objets devait être subordonné aux stipulations portées dans leur contrat de mariage, lorsque ces stipulations n'avaient rien de contraire aux bonnes mœurs, ni à des lois prohibitives.

Je m'expliquerai, dans la suite, sur ce qui concerne les aliénations de biens, ou la renonciation à des actions ou priorités d'hypothèques de la part des femmes mariées avant le Code civil, mais en me renfermant, quant à présent, dans ce qui fait l'objet de la 3e partie du paragraphe 2 de l'art. 2135, je vais examiner, en ce qui regarde les femmes mariées sous des Coutumes ou sous une jurisprudence qui avaient admis des principes contraires à ceux du Code civil, comment il peut y avoir rétroactivité en restreignant les hypothèques légales aux époques indiquées dans cette 3e partie, pour les droits dont il y est fait mention.

On doit distinguer deux cas : le premier serait celui où l'obligation consentie par la femme, ou bien la vente de ses propres qu'elle aurait aussi faite avec son mari, seraient antérieures à la promulgation du Code civil. Le second cas serait celui où, soit l'obligation, soit la vente, seraient postérieures à cette promulgation.

Au premier cas, il est de toute évidence que les droits qui devaient revenir à la femme, d'après les Coutumes ou une jurisprudence constante, sous lesquelles elle se serait mariée, ou d'après les stipulations contenues dans son contrat de mariage, lui auraient été acquis : on ne pourrait l'en dépouiller sans rétroactivité, même quoique la femme se présentât seulement sous le Code civil, pour la répétition de ses droits sur les biens de son mari, et du vivant de celui-ci. Mais il faut remarquer que si la femme qui serait dans cette position, n'avait pas pris une inscription pour la conservation de ces mêmes droits, sur les biens du mari, pendant le régime de la loi de brumaire an 7, et s'il y en avait eu de prises par les créanciers du mari, ceux-ci primeraient la femme en hypothèque. Ces droits ne sont pas d'une nature différente que la dot et les conventions matrimoniales ; et dans ce cas, ainsi que je l'ai déjà dit, relativement à la dot et aux conventions matrimoniales, la priorité des créanciers inscrits serait incontestable.

Au second cas, il peut y avoir plus de difficultés. On sait, en effet, combien sont délicates les questions de rétroactivité, lorsqu'elles s'élèvent sur des droits qui s'ouvrent sous une loi qui les règle, mais qui se trouve en opposition à des lois ou à des conventions précédentes, auxquelles on rattache ces mêmes droits, et que l'on présente comme devant toujours les régler, quelque évènement qui arrive. Mais il me paraît également certain que lorsque les droits dont il s'agit, s'ouvrent ou se réalisent, depuis la promulgation du titre du Code civil, *des privilèges et hypothèques*, c'est-à-dire, lorsque l'obligation consentie par la femme, ou la vente par elle faite, sont postérieures à cette promulgation, les répétitions de la femme doivent avoir pour régulateur l'art. 2135, et que ce n'est point lui donner un effet rétroactif. Que fait cet art. 2135, en cette partie? Il substitue une législation nouvelle et sage à une législation ancienne, reconnue pour être vicieuse ; il ne réforme pas seulement un abus pour l'avenir, mais il arrête encore cet abus ; il empêche que du passé il ne tombe sur l'avenir ; il le sappe dans ses fondemens, lorsqu'il n'est pas consommé et qu'il n'a pas acquis un droit. C'est uniquement dans le seul cas du droit acquis, et qu'on voudrait détruire, qu'il y aurait rétroactivité ; mais on ne saurait y en voir, lorsque les droits frappés par la loi nouvelle, s'ouvrent après cette même loi, à moins que le législateur n'eût donné une règle différente pour ce qui pouvait concerner l'avenir, ce qui n'a point été fait dans cette circonstance. Si on n'admettait pas ce principe, on verrait, pendant des générations, marcher l'abus à côté de la règle, l'injustice aller de front avec la justice. L'abus consommé n'est plus au pouvoir du législateur, mais celui qui ne l'est pas, rentre dans la règle nouvellement établie. Si on ne s'arrêtait pas à cette idée, on verrait des rétroactivités dans tous les changemens opérés par la nouvelle législation civile, quoiqu'il n'y en ait certainement pas. Qu'on remarque encore que, pour le cas dont il s'agit, il y avait une législation fondée elle-même sur une rétroactivité ; et quelle rétroacti-

vité! Elle avait pour résultat de faire primer par la femme, ou par des tiers, *ex post facto*, des créanciers bien antérieurs, et souvent par le fait de la femme, pour favoriser le mari.

240. Venons à la jurisprudence connue jusqu'à présent sur cette question de rétroactivité. Dans l'espèce d'un arrêt de la Cour royale d'Angers, du 29 août 1814, une femme avait contracté mariage, le 23 ventôse an 2, sous l'empire de la Coutume de Paris. Suivant cette Coutume, et d'après les clauses de son contrat de mariage, qui en répétait les dispositions, elle devait avoir une hypothèque sur les biens de son mari, à compter du jour de ce contrat, pour son indemnité des dettes qu'elle contracterait avec lui. Celui-ci contracta, le 30 mars 1811, une obligation de 30,000 fr. au profit du sieur Lourry, qui, le 5 avril suivant, prit une inscription. Le 1er juillet de la même année 1811, le mari consentit une nouvelle obligation de 30,000 fr. à un sieur Barthélemy. Par cet acte, la femme s'obligea solidairement avec son mari, et elle subrogea le sieur Barthélemy à l'hypothèque que lui assurait son contrat de mariage. Des biens du mari ayant été vendus, et un ordre s'étant ouvert, il s'éleva la question de savoir si le sieur Barthélemy, comme étant subrogé à l'hypothèque de la femme, serait préféré au sieur Lourry. Le sieur Barthélemy fondait sa préférence sur ce que, d'après la Coutume de Paris, la femme qu'il représentait devait avoir une hypothèque sur les biens de son mari, à compter de son contrat de mariage, pour l'indemnité des obligations qu'elle contracterait avec ce dernier pendant le mariage. Il prétendait que l'art. 2135 ne dérogeait nullement à la disposition de la Coutume de Paris, parce qu'il ne devait point avoir d'effet rétroactif.

La Cour royale d'Angers donna la préférence au sieur Lourry; elle se fonda sur ce que, lors de l'obligation faite par la femme, conjointement avec son mari, au profit du sieur Barthélemy, le 1er juillet 1811, l'art. 2135 du Code civil la privait de l'hypothèque à compter de son contrat de mariage, et restreignait cette hypothèque à la date de son obligation. Cet arrêt contient encore un développement de motifs qu'il est utile de consulter. Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté, comme on devait s'y attendre, par celui de la Cour de cassation, section des requêtes, du 7 mai 1816. L'arrêt est fondé sur ce que l'obligation dont il s'agissait, et pour raison de laquelle le créancier subrogé aux droits de la femme invoquait la date du contrat de mariage de cette dernière, était *postérieure* à la promulgation du Code, et ne pouvait être régie que par la disposition de l'art. 2135 [1].

241. Passons à la question relative à la date de l'hypothèque de la femme pour le remploi, récompense ou indemnité de ses propres aliénés. Dans les Coutumes de communauté, ou au moins dans un très grand nombre de ces Coutumes, les biens propres de la femme pouvaient être vendus valablement, ou par le mari seul avec le consentement de la femme, ou par celle-ci, sous l'autorisation et avec le consentement du mari; et alors la femme avait, au moins dans plusieurs de ces Coutumes, pour le remploi de ses propres, lorsqu'il n'avait pas été réalisé par le mari, une hypothèque à compter du jour du mariage, et non pas seulement à compter de l'aliénation. Dans la Coutume de Normandie, quoiqu'elle fût exclusive de la communauté, les biens dotaux de la femme pouvaient être vendus, pourvu que celle-ci y consentît, et alors elle avait *récompense du juste prix sur les biens de son mari, du jour du contrat de mariage et célébration d'icelui* : art. 538 et 539. En sorte que, sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre cette dernière Coutume et les premières. Or, si, dans ce cas, l'acte d'aliénation est postérieur à la promulgation du titre du Code civil, *des privilèges et hypothèques*, la femme ne peut prétendre une hypothèque sur les biens du mari, que du jour de l'aliénation, comme,

[1] L'arrêt de la Cour royale d'Angers, et celui de la Cour de cassation, sont rapportés dans le Recueil de Denevers, an 1815, *pag.* 105, *au suppl.*; *et an* 1816, *pag.* 548.

dans le cas de l'obligation, elle n'a d'hypothèque, pour son indemnité, que du jour de l'obligation, ainsi que l'a jugé l'arrêt du 7 mai 1816. On peut dire que, dans l'un et dans l'autre cas, le droit hypothécaire de la femme s'ouvre par son propre fait, et non par l'effet d'une circonstance purement *éventuelle*, indépendante de sa volonté; que la femme en créant ce droit *par son fait*, sous l'empire du Code civil, devait savoir que son hypothèque ne remonterait qu'au jour de l'aliénation, comme elle était restreinte, dans le cas de l'indemnité pour dettes, au jour de l'obligation.

Cependant le contraire a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, section civile, du 10 février 1817, dans l'espèce duquel il s'agissait d'une femme mariée sous la Coutume de Normandie. On aurait pu douter d'abord si la question avait été jugée en thèse, parce qu'il s'agissait de ventes de ses biens dotaux, faites par son mari, en l'an 6 et en l'an 7, c'est-à-dire, antérieurement au Code civil; mais elle les avait ratifiées seulement en 1810; et on pouvait dire que les ventes ratifiées n'avaient une date véritable, au moins respectivement à des créanciers qui avaient contracté intermédiairement, qu'au jour de la ratification, laquelle donnait seule ouverture aux droits de la femme. Jusque-là les ventes étaient nulles. Cette nullité a lieu, en effet, aux termes de l'article 538, 539, 540 de la Coutume de Normandie, lorsque l'aliénation est faite sans remplacement. La femme avait droit de revendiquer ses immeubles dotaux contre les acquéreurs, et elle ne pouvait pas, par sa propre volonté, et au préjudice des créanciers antérieurs à sa ratification, faire remonter l'hypothèque, pour ses reprises, à une époque autre que celle fixée par la loi sous laquelle elle ratifiait. Aussi la Cour de cassation, et la Cour royale de Caen, dont l'arrêt fut confirmé, entendaient très bien que cette femme était absolument dans la position de celle qui vendrait ses biens sous l'empire du Code civil. Néanmoins elles ont accordé l'hypothèque à la femme à compter du mariage, le créancier qui luttait contre elle n'ayant pas pris d'inscription sous la loi de brumaire. Il me paraît difficile de concilier l'arrêt du 10 février 1817 avec celui du 7 mai 1816; il me semble qu'il faut attendre d'autres arrêts sur cette question, pour qu'on puisse avoir une jurisprudence certaine [1]. Voyez le n° 261.

242. Ce que je viens de dire, doit-il être également suivi, pour les deux autres cas énoncés dans la 2e partie du § 2 de l'art. 2135, qui sont ceux des successions échues à la femme, et des donations qui lui seraient faites sous l'empire du Code civil? La femme, pour le montant des sommes mobilières comprises dans la succession ou la donation, aurait-elle une hypothèque en remontant au jour du mariage, si tel eût dû être le résultat de la Coutume sous laquelle elle se serait mariée, ou de la convention stipulée dans son contrat de mariage? Ou, malgré ces circonstances, n'y aurait-il hypothèque qu'à compter des époques énoncées dans l'art. 2135 du Code civil, pour ces deux cas d'ouverture de succession ou de donation?

L'opinion qui tendrait à faire remonter l'hypothèque, dans ces deux cas, au jour du mariage, me paraîtrait la plus juridique. Il ne doit pas en être, dans ces deux derniers cas, comme lorsqu'il s'agit de l'indemnité de la femme pour l'obligation qu'elle aurait faite sous le Code civil, ou du remploi de ses propres qu'elle aurait aliénés avec le mari, aussi sous l'empire de ce Code. La raison en est que, lorsqu'il est question de l'obligation, ou de la vente faite depuis la promulgation du Code, il y a eu, de la part de la femme, un fait personnel et *potestatif*, d'après

[1] L'arrêt du 10 février 1817 est rapporté dans le recueil de Denevers, an 1817, pag. 132, et par Sirey, vol. de 1817, pag. 185. Mais on doit remarquer la note de Sirey, mise au bas de cette dernière page. Il y dit, *Voyez avec attention*, arrêts, *pag.* 145. Or, c'est à cette page qu'est l'arrêt du 7 mai 1816. On conçoit facilement le motif de l'attention particulière avec laquelle l'auteur a rapproché l'arrêt du 10 février 1817, de celui du 7 mai 1816.

lequel elle aurait voulu procurer une hypothèque à partir de son contrat de mariage, tandis qu'elle était avertie par la loi nouvelle, qu'elle ne pouvait plus abuser de l'ancienne loi statutaire, ou de la convention ancienne, au préjudice des tiers, en donnant cette époque à son hypothèque dont la loi nouvelle restreignait la date au jour de l'obligation ou de la vente; au lieu que l'hypothèque qui résulte, en faveur de la femme, de l'ouverture d'une succession, depuis la promulgation du Code civil, ou d'une donation à elle faite depuis la même époque, se rattache à un simple fait *éventuel*, indépendant de sa volonté. Ce fait ayant été prévu par la loi en vigueur lors du mariage, ou par la convention portée par le contrat, et soit la loi, soit la convention ayant voulu que, le cas arrivant, la femme eût une hypothèque du jour du mariage, il paraîtrait difficile de s'y refuser sans donner un effet rétroactif à l'art. 2135 du Code civil : cette rétroactivité pourrait nuire à la femme, sans qu'il y eût rien de son fait. Lorsque son mari aurait vendu certains de ses biens, elle peut n'avoir pris aucune mesure et laisser purger ses hypothèques, ne pouvant prévoir ni l'ouverture de la succession, ni la donation; d'autres biens du mari pourraient avoir été hypothéqués avant ces deux circonstances : il y aurait de la dureté à lui faire perdre l'effet de la succession ou celui de la donation. Il semble que, dans une pareille position, c'est aux tiers à prendre leurs précautions, et à prévoir les risques qu'ils peuvent courir, en obtenant la communication du contrat de mariage avant de contracter avec le mari.

Mais il n'est pas moins vrai que, comme je l'ai dit au n° 232, la femme, pour les sommes extradotales reçues par son mari, ne doit avoir hypothèque sur les biens de celui-ci (à la charge de l'inscription), que du jour de la réception de ces sommes, lorsqu'elles ont été reçues depuis la promulgation du Code civil. Cela est vrai, quoique le contrat de mariage contînt la clause que, pour ces répétitions, la femme aurait hypothèque, en remontant au contrat de mariage. Ceci rentre dans le cas de l'obligation ou de la vente faite par la femme sous le Code civil. Il y a un fait *potestatif* de la part de la femme, qui donnerait ouverture à l'hypothèque qu'il lui plairait de faire remonter au mariage, au préjudice de la restriction établie par la loi nouvelle. Il n'a dépendu que d'elle de toucher ses répétitions extradotales, au lieu de les laisser recevoir par son mari.

243. L'hypothèque légale de la femme commence-t-elle au jour de l'acte notarié qui constate les conventions ou intérêts civils des époux, qu'on connaissait autrefois sous le nom de *contrat de mariage* qui est même encore usité, ou seulement au jour du *mariage* proprement dit, constaté par l'acte dressé par l'officier de l'état civil? Cette question est trop importante par elle-même, pour ne pas être examinée.

Dans l'ancienne législation, d'après l'usage attesté par presque tous les auteurs, l'hypothèque légale commençait à courir du jour du contrat de mariage, et ce n'était qu'à défaut de contrat, qu'elle courait seulement du jour de sa célébration. On peut voir, notamment, Domat, *Lois civiles*, *liv.* 3, *tit.* 1er, *sect.* 1re, *n°* 3; Coquille, sur l'art. 18 du chap. 23 de la Coutume du Nivernais; Basnage, *des hypot.*, *chap.* 12, *pag.* 185 *et suiv.*, *édit. de* 1702; d'Héricourt, *de la rente des immeubles*, *chap.* 11, *sect.* 2, *nos* 17 *et* 22; Pothier, *Introd. au tit.* 20 *de la Coutume d'Orléans*, *chap.* 1er, *sect.* 1re, *n°* 18, *et Traité de l'hypot.*, *chap.* 2. Voici le principe sur lequel cet usage était fondé : Domat l'explique très bien; c'est qu'on peut hypothéquer ses biens, non seulement pour les engagemens qui ont leur effet présent et certain, comme pour une obligation à cause de prêt, pour une vente, pour un louage et autres semblables, où l'engagement est formé d'abord, quoiqu'il y ait un terme pour le paiement; mais encore pour les engagemens dont l'effet dépend d'une condition ou autre évènement qui pourrait ne pas arriver. Ainsi les engagemens qui se forment *par un contrat* de mariage, renferment toujours la condition, si le mariage s'accomplit; mais l'hypothèque est acquise *dès le jour du contrat*, et au mari

sur les biens de ceux qui constituent la dot, et à la femme sur les biens du mari, pour la recouvrer quand il y aura lieu.

Mais des auteurs du plus grand poids ont fait remarquer de graves inconvéniens qui résultaient de cet effet rétroactif de l'accomplissement du mariage, quant à l'hypothèque au jour du contrat. On sent, en effet, que si dans l'intervalle de l'acte qui règle les conventions civiles, à la célébration du mariage, c'est-à-dire, à l'acte de l'état-civil, intervalle qui peut être plus ou moins long, celui qui aurait passé l'acte relatif aux conventions, qu'on appelait *contrat de mariage*, eût fait, soit des obligations, soit des ventes, et si ensuite la femme fût venue, en vertu de son contrat de mariage, quoique postérieur, primer, pour son hypothèque, ses créanciers, ou rechercher hypothécairement les acquéreurs, ces derniers auraient été victimes d'une indélicatesse de la part du mari, ou même d'une faute qui pourrait être pratiquée de concert entre lui et sa femme, ou la famille de celle-ci. Mornac, sur la loi 1re, ff. *qui potiores*; Lebrun, *des successions, liv.* 2, *chap.* 5, *sect.* 1re, *dist.* 1re, *n*° 23 *et suiv.*; Boucheuil, sur l'art. 250 de la Coutume de Poitou, et même Basnage, *loco citato*, signalent les abus de cet usage, et semblent exprimer le vœu de les voir réformer. Aussi Lebrun, en convenant que l'hypothèque des *conventions* a lieu du jour du *contrat*, ajoute, *pourvu que la célébration suive peu après*. Il cite la Coutume de Sédan, qui, *article* 120, donne cette hypothèque du jour *des fiançailles*. Or, anciennement les fiançailles produisaient un effet important. Suivant les trois premiers articles du titre 14 de la Coutume d'Auvergne, la fille fiancée cessait d'être sous la puissance du père, pour passer sous celle du fiancé; elle ne pouvait vendre ni aliéner ses biens dotaux, et même, en cas de dissolution de fiançailles, elle ne retournait plus en la puissance de son père, et demeurait dame de ses droits. On peut voir là-dessus les observations de M. Chabrol sur l'art. 1er. Les dispositions de cette Coutume et de quelques autres semblables, contre lesquelles Dumoulin s'était récrié avec force, puisque les fiançailles ne produisaient pas un engagement indissoluble, *hoc ineptum est, cùm possit majus, videlicet recedere à sponsalibus*, ces dispositions, dis-je, sont tombées en désuétude, et, depuis longtemps, il est d'usage de fiancer dans le même moment qu'on épouse, ou bien la bénédiction nuptiale peut dispenser des fiançailles. Ainsi, de la disposition de l'art. 120 de la Coutume de Sédan, et d'autres qui pourraient être conformes, on peut conclure que ces Coutumes doivent être considérées comme ayant voulu fixer l'hypothèque de la femme à la célébratiou du mariage, ou, au moins, qu'elles étaient très éloignées de la faire remonter au jour du contrat, et que leur but était de prévenir les abus qui auraient pu naître de cette rétroactivité.

Quel est le parti qui doit être adopté sous notre législation actuelle? D'après l'art. 2135, il est évident qu'on ne doit donner date à l'hypothèque, que du jour de la célébration du mariage, ou, ce qui est de même, de l'acte de l'état civil. Cela résulte nécessairement de ces expressions, *et à compter du jour du* MARIAGE. Il est vrai que l'on voit dans l'art. 2194, que les inscriptions qui seront faites par la femme, ou sous son nom, après le dépôt et les notifications qu'il prescrit, auront le même effet que si elles étaient prises le jour du *contrat de mariage*. La dernière partie de l'art. 2195 semble fixer encore la date de l'hypothèque légale à celle du *contrat de mariage*; et tout cela pourrait faire supposer que, dans ces articles, le législateur a entendu que l'hypothèque remonterait à l'acte qui constate les conventions civiles, connues autrefois sous le nom de *contrat de mariage*. On pourrait dire encore que ces articles étant les derniers dans l'ordre d'écriture, doivent être considérés, ou comme une modification, ou comme une interprétation du premier, et qu'ils doivent en fixer le véritable sens.

Mais je ne pense pas qu'on doive être touché de ces dernières objections. On

doit voir dans l'emploi de ces termes des articles 2194 et 2195, *le jour du contrat de mariage*, ou une inadvertance produite par les anciennes habitudes, ou l'intention même d'exprimer l'acte de l'état civil, qui est le vrai contrat de l'union civile, et qui, à la rigueur, pourrait être entendu par ces mots, *le contrat de mariage*, en les prenant seulement dans une acception nouvelle, différente de l'ancienne. En sorte qu'il faut s'en tenir au premier trait de la volonté du législateur, que présente l'art. 2135.

Il est encore vrai qu'on peut dire que si la rétroactivité de l'hypothèque à l'acte notarié qui règle les intérêts des époux, lorsqu'il y a un intervalle considérable entre cet acte et la célébration du mariage, peut produire de graves inconvéniens respectivement à des tiers, ce défaut de rétroactivité peut en faire naître également contre la femme, puisque, si son hypothèque remonte seulement à la célébration du mariage, elle peut, dans le cas d'obligations ou ventes intermédiaires de la part du mari, se trouver sans ressources pour sa dot, qui aura pu être reçue par le mari, ainsi que pour ses reprises.

Mais il y a une réponse à faire à cette objection, et qui est décisive; c'est que lorsque la loi a prescrit des règles pour veiller à la conservation d'intérêts respectifs, qui peuvent être opposés entre eux, elle se prononce naturellement plutôt contre celle des parties qui a négligé de prendre ses sûretés, le pouvant très bien, que contre celle au pouvoir de laquelle il n'était pas de prendre les siennes. La femme ou ses parens n'ont qu'à ne point laisser d'intervalle entre l'acte qui règle les intérêts civils des époux, et la célébration du mariage à la municipalité, usage que je vois pratiquer journellement, et alors les droits de la femme sont parfaitement conservés. Mais les tiers qui contracteraient avec le futur, dans l'intervalle qu'on laisserait entre ces deux actes, surtout si cet intervalle était long, peuvent très bien ignorer le premier qui peut avoir été fait entre les époux et les témoins simplement nécessaires devant un notaire, et tomber dans un piége qui n'a jamais été dans l'intention de la loi. Dès que la femme est dispensée de l'inscription, l'existence publique d'un mariage légalement célébré peut seule tenir lieu de cette inscription. Des tiers peuvent demander en communication l'acte qui règle les intérêts, prendre d'autres renseignemens auxquels on ne penserait pas, s'il n'y avait pas de mariage légal et connu. Il est impossible de ne pas admettre ces idées, sous une législation qui a pour base la publicité de l'hypothèque.

Enfin, tout ce qui vient d'être dit tire une nouvelle force de tous les principes relatifs à la matière concernant l'état des époux de la nature de leurs biens. La femme n'est épouse que par la célébration du mariage; ce n'est qu'alors que sa dot est *dot*. Coquille, qui admettait plutôt d'après l'usage que d'après les principes, que l'hypothèque remontait au contrat de mariage, supposait qu'il n'y en eût pas, et que l'on fût réduit *aux purs termes d'hypothèques tacite et légale;* et alors, *il semble*, disait-il, *que ladite hypothèque est du jour de l'accomplissement du mariage; car, de ce jour, la dot commence d'être* DOT. On ne peut se dissimuler, en effet, que ce ne soit que de ce jour que se forment les véritables relations d'époux et d'épouse; le législateur n'a pu vouloir dire le contraire par les mots, *contrat de mariage*, qui se sont glissés dans les articles 2194 et 2195, après avoir dit d'abord dans l'art. 2135, *à compter du jour du mariage*. Or, si celui qui devient créancier du futur entre le contrat et la célébration prend inscription sur les biens de ce dernier, pourquoi cette inscription n'aurait-elle pas son effet contre la future qui ne serait point épouse, qui n'aurait point pour elle la faveur d'une dot, comme elle l'aurait contre tout autre créancier ordinaire? Si c'est un acquéreur qui ferait transcrire son contrat d'acquisition avant la célébration du mariage, pourquoi ne purgerait-il pas, à défaut d'inscription, l'hypothèque de la future, comme toutes autres hypothèques? Com-

ment, dans une pareille position, cet acquéreur pourrait-il prendre les mesures indiquées par l'art. 2194 du Code civil, et par l'avis du conseil d'état, du 1er juin 1807, pour purger l'hypothèque légale des femmes? Il paierait de très bonne foi le prix de la vente, et cependant il pourrait être recherché pour une hypothèque qui, alors, n'aurait point été *légale*, et par une femme qui, alors, n'aurait point été *épouse?* Tout cela résiste aux idées de justice, aux simples lumières de la raison, aux principes de toute saine législation, et surtout de celle qui nous régit, qui, pour mieux assurer le sort des créances à des propriétés, a admis la publicité de l'hypothèque. Ainsi, malgré toute la déférence que j'ai pour les opinions de M. Tarrible, je ne puis adopter l'opinion contraire, pour laquelle il a cru devoir se décider, dans le Répertoire de jurisprudence, aux mots *Inscription hypothécaire*, § 3, n° 8.

Si, anciennement, il n'y avait pas eu de contrat de mariage, il pouvait s'élever quelques difficultés sur la question de savoir comment les époux devaient être réglés, lorsque leurs domiciles et leurs biens n'étaient pas de la même province; surtout d'après les questions toujours hérissées d'épines, qui s'élevaient sur ce qui devait être ou de *statut personnel*, ou de *statut réel;* mais actuellement ces difficultés, dans ce cas, disparaissent. Les époux seraient réglés, de droit, par les principes établis au chap. 2 du titre *du contrat de mariage*. Cela résulte de l'article 1393, et de l'art. 1400, qui prévoit le cas du *défaut de contrat*.

Au surplus, si jamais la loi était revisée, le législateur pourrait faire cesser l'espèce d'antinomie que j'ai fait remarquer entre l'art. 2135 et les articles 2194 et 2195; mais je pense que cette réformation peut être du ressort de la jurisprudence.

244. J'ai déjà dit, au n° 227, qu'autre chose est la légalité de l'hypothèque, autre chose est, ou la nécessité, ou l'affranchissement de l'inscription de l'hypothèque légale. Il y a des hypothèques qui jouissent de la faveur de la légalité, mais qui sont soumises à la nécessité de l'inscription. Par rapport à la femme, tous ses droits quelconques, au moins en capitaux, jouissent de la faveur de cette légalité, d'après l'art. 2121, ainsi que je l'ai dit; mais certains de ces droits mêmes sont soumis à la formalité de l'inscription pour être conservés, d'après l'art. 2135. Il ne faut pas perdre de vue que l'affranchissement de l'inscription prend son principe dans la circonstance que la dot, sous le régime dotal, et les reprises qui la forment sous le régime de la communauté, sont au pouvoir du mari; qu'il en est seul administrateur et comptable; que la femme ne peut exercer, à cet égard, aucune action, jusqu'à une séparation de biens, ou jusqu'à la dissolution du mariage; et qu'enfin la loi a dû veiller particulièrement à la conservation des biens dotaux spécialement destinés à la subsistance de la femme et des enfans. Mais, d'après la règle que l'effet cesse avec la cause, si la relation qui existe entre les deux époux disparaît, si le titre d'épouse ne peut plus être provoqué, si l'inscription devient libre et facultative, alors le défaut d'inscription peut être opposé par les tiers créanciers ou acquéreurs du mari.

Cet état de choses arrive dans deux cas.

1° Si la femme était devenue veuve avant la promulgation du Code civil, l'inscription aurait été nécessaire sous le régime de la loi de brumaire, puisque la femme même mariée n'en était pas affranchie, d'après les principes de cette loi; et l'inscription serait devenue nécessaire sous le Code civil, parce que la femme aurait recouvré la liberté de la prendre : en sorte que, si elle n'avait pas satisfait à cette formalité, les créanciers du mari, qui se seraient inscrits, la primerait, et ceux qui auraient acquis du mari seraient à l'abri de ses recherches, si la transcription de leurs titres d'acquisition n'avait point été frappée d'une inscription de sa part. En rapprochant une foule d'articles de la loi, on ne peut douter qu'elle n'ait eu en vue que les femmes mariées, et non celles qui auraient été

veuves lors de sa promulgation. A la vérité, il n'es pas dit *femmes mariées*, dans l'article 2135, mais ces expressions se trouvent dans l'art. 2121. L'art. 2153, en parlant des hypothèques légales des femmes, dit, *des femmes mariées sur leurs époux*. D'ailleurs, les art. 2136, 2138, 2139, 2144, 2194 et 2195, sont évidemment conçus dans des idées de relation de la femme au mari, et de la coexistence de l'une et de l'autre. C'est aussi ce qui a été jugé, et avec raison, par un arrêt très bien motivé, de la Cour royale de Colmar, du 31 mars 1810, rapporté par Denevers, *même année*, *pag.* 127, *au suppl.* Les mêmes motifs ont donné lieu à la même décision, par un arrêt de la Cour de cassation, du 7 avril 1813, rapporté par le même arrêtiste, *même année*, *pag.* 326. Cet arrêt n'est pas rendu dans un cas de viduité de la femme, avant la promulgation du Code civil; mais il l'est dans un cas semblable, quant aux effets, qui était celui d'un divorce qui avait eu lieu avant ce Code. On y voit encore une exposition lumineuse des principes.

2° Cet état de choses existerait encore, et par les mêmes motifs, si une femme était décédée avant le Code civil. Ses héritiers n'auraient point d'hypothèque légale à réclamer pour sa dot et ses droits matrimoniaux, et ne pourraient faire valoir l'affranchissement de l'inscription. La légalité de l'hypothèque serait bien restée, mais l'affranchissement de l'inscription aurait disparu. Il répugne à toutes les idées qu'un pareil privilége ait pu être accordé à des héritiers d'une femme, pas plus qu'à une femme veuve. Tout ce qu'on vient de dire est d'autant plus vrai, que l'esprit de la loi a été nécessairement de restreindre, le plus possible, les exceptions à la règle générale de la publicité. C'est aussi ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 9 novembre 1813, qu'on trouve dans le même recueil, *pag*, 580.

245. Il y a un troisième cas où le titre d'épouse venant à cesser, il devrait en être de même de l'affrancissement de l'inscription. Je veux parler de celui où la femme devient veuve sous le Code civil. Les mineurs devenus majeurs, et leurs héritiers, sont dans la même catégorie. Lorsque la question se présenta dans les premières années de la publication du Code civil, les jurisconsultes et les tribunaux éprouvèrent des embarras. Cependant, la Cour royale de Nîmes, par un arrêt du 28 mars 1806, recueilli par Denevers, *même année*, *pag.* 155, *au suppl.*, et celle d'Agen, par un arrêt du 8 mai 1810, qu'on trouve au même recueil, *an* 1810, *pag.* 121, *au suppl.*, jugèrent que la femme ou ses héritiers, dans le cas en question, ne pouvaient avoir l'avantage de l'affranchissement de l'inscription. Les arrêts furent fondés sur la cessation de la dépendance de la femme respectivement au mari. Il fut bien question, lors de ces arrêts, de savoir si au moins la femme ou ses héritiers n'auraient pas pu demander la séparation du patrimoine du mari débiteur, d'avec celui de ses héritiers; mais cette question ne se présentait point, la demande en séparation de patrimoines étant non recevable à raison des circonstances; et il fut jugé en thèse que, dans le cas dont il s'agit, il n'y a point d'hypothèque légale avec affranchissement d'inscription, ou au moins que cet affranchissement avait cessé dès le moment que la femme avait recouvré une liberté qui s'était continuée sous ses héritiers.

Mais les difficultés se faisant toujours sentir, le Conseil d'état crut devoir les faire cesser par un avis du 8 mai 1812. Le résultat de cet avis est que le mode de purger les hypothèques légales des femmes et des mineurs, établi par le Code civil et par l'avis du Conseil d'état, du 9 mai 1807 (ou 1er juin, qui est le jour de la signature; le 9 mai est seulement celui de la séance), est applicable aux *femmes veuves et aux mineurs devenus majeurs*, ainsi qu'à leurs héritiers ou autres représentans. Il fut ajouté qu'il n'y avait pas nécessité de fixer un délai particulier après la mort de leurs maris, et aux mineurs devenus majeurs ou à leurs représentans, pour prendre inscription.

Osons le dire, cet avis est en sens in-

verse de l'esprit de la loi, qui a pour régime la publicité de l'hypothèque ; il est inconciliable avec les motifs qui ont déterminé l'affranchissement de l'inscription. Il en résulte bien que des acquéreurs du mari, ou de ses héritiers, ont le moyen de se libérer avec sûreté respectivement aux hypothèques légales, assujetties à l'inscription ; et l'on voit que ce moyen est le même que celui qui fut prescrit en 1807, mais à l'aide des art. 2193, 2194 et 2195 du Code civil, pour purger les hypothèques connues ou inconnues des femmes mariées, et des mineurs, qui pourraient exister. Mais, outre que d'après cet arrêté du 8 mai 1812, les acquéreurs n'obtiennent cet avantage qu'au moyen de frais dispendieux, c'est qu'on ne s'est pas occupé, en prenant cet avis, des créanciers qui auraient contracté avec le mari, depuis la mort de sa femme, ou même auparavant. Or, le sort des créanciers devait-il être différent de celui des acquéreurs ? car il paraît, d'après cet arrêté, que ceux qui auraient prêté au mari, soit avant, soit après la mort de sa femme, quoiqu'ils eussent pris des inscriptions, seraient primés, soit par la femme devenue veuve même depuis long-temps, soit par ses héritiers pour raison des droits dotaux de la femme, quoique ni cette femme ni ses héritiers n'eussent pas pris une inscription qu'il ne dépendait que d'eux de prendre. Néanmoins cet avis a toujours été pratiqué, par suite de ce qu'on a cru que l'interprétation d'une loi appartenait au gouvernement. Mais ici, au lieu de l'interpréter en se conformant à l'esprit de la loi, en suivant ses vues, ce qu'on aurait pu, d'ailleurs, laisser faire par les tribunaux, au moins jusqu'à la provocation d'une loi nouvelle, on a fait une loi subversive de la loi existante.

Dirait-on que, dans ce cas, la femme meurt investie de la légalité, avec affranchissement de l'inscription, et qu'elle laisse ce même privilége à ses héritiers? Mais un privilége uniquement attaché à la personne, ne peut être transmis à d'autres personnes avec lesquelles ce privilége n'est plus en rapport. Lorsqu'une prescription est suspendue à l'égard d'un créancier mineur, cette prescription ne reprend-elle pas son cours contre les héritiers majeurs de ce créancier qui décède en minorité?

Cependant, on aurait dû prendre une mesure qui manquait dans la loi, et dont le besoin se faisait sentir. Elle consistait en un délai qu'on aurait dû accorder à la femme devenue veuve, et au mineur devenu majeur, dans lequel ils auraient été tenus de faire inscrire leurs créances sur les biens du mari ou du tuteur. Il paraît aussi, d'après cet avis du 8 mai 1812, que ce délai était demandé. On sent en effet qu'il faut à une femme devenue veuve, ou à ses héritiers, ainsi qu'à un mineur devenu majeur, qui d'ailleurs, pourraient être éloignés du lieu où serait décédé soit le mari, soit le tuteur, un délai pour reconnaître leur situation. On avait, à cet égard, un exemple qu'on pouvait prendre dans l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7. Il y est dit que les inscriptions prises sur les époux, pour tous les droits et conventions de mariage, conservent leur effet pendant tout le temps du mariage, *et une année après*.

L'exemple de cette mesure se trouvait encore dans les art. 58 et 64 de l'édit du roi, du mois de mars 1673, enregistré au parlement le 23. Cet édit portait établissement des greffes et enregistremens des oppositions pour conserver la préférence aux hypothèques. On peut le regarder comme le type de toutes dispositions réglementaires concernant la publicité de l'hypothèque en France, quoiqu'il ait été révoqué par un autre édit du mois d'avril 1674. Le soin avec lequel il avait été rédigé devint un sujet d'éloge de la part de M. le chancelier d'Aguessau, qui cependant n'en adoptait pas les principes : c'est ce qu'on voit dans le Discours préliminaire qui est en tête de ce Traité.

Or, d'après l'art. 57 de cet édit, les mineurs étaient dispensés de la nécessité commune de former et de faire enregistrer leurs oppositions (ce qui tenait lieu de l'inscription actuelle) sur les biens de

leurs tuteurs, protuteurs ou curateurs comptables; mais l'article 58 faisait cesser cette dispense pour les mêmes hypothèques qui étaient légales, dès qu'ils avaient atteint leur majorité; et néanmoins ils avaient un an après leur majorité pour remplir cette formalité. « Les mineurs, est-il dit dans cetarticle, seront néanmoins tenus, *dans l'an après leur majorité*, de former leur opposition sur les biens de leurs tuteurs, protuteurs, ou curateurs comptables, et de la faire enregistrer en la manière ci-dessus, auquel cas ils seront conservés dans leurs hypothèques, *du jour de l'acte de tutelle;* et si leur opposition n'est enregistrée qu'après l'année de leur majorité, elle n'aura effet que *du jour de l'enregistrement.* »

Quant aux femmes, l'art. 60 du même édit les dispensait de la formalité de l'opposition et enregistrement sur les biens de leurs maris, pour dot, douaire et autres droits procédant de leur mariage. Mais il est dit dans l'article 63, que « les femmes séparées de biens d'avec leurs maris seront tenues de former et faire enregistrer leur opposition sur les biens de leurs maris, pour la conservation des hypothèques à elles appartenantes, *dans les quatre mois de l'acte ou jugement de séparation;* autrement, et les quatre mois passés, elles ne seront mises en ordre avec les créanciers qui auront fait enregistrer leurs oppositions, *que du jour de l'enregistrement* par elle fait. »

La loi, dans l'art. 64, en vient aux femmes devenues veuves, et voici comment elle s'y explique : « Les veuves seront aussi tenues de former et faire enregistrer leurs oppositions, *dans l'année du jour du décès de leurs maris*, autrement elles n'auront hypothèque sur les biens, que *du jour qu'elles auront fait enregistrer leur opposition.* » C'est avec de pareils soins qu'on donne à une loi le degré de perfection dont elle est susceptible, en suivant l'esprit dans lequel elle est conçue.

Dans cette circonstance, la législation demande une amélioration. J'ai pensé qu'il était bon d'en soumettre l'observation au législateur, pour y avoir égard, dans le cas où la loi serait revisée.

246. Pour se former des idées sur l'effet que doivent avoir, en France, les contrats de mariage passés en pays étranger, quant à l'hypothèque, il faut examiner si l'on doit, ou non, appliquer à ces contrats la disposition de l'art. 2128 du Code civil. Il y est dit : « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. » Or, d'après la disposition de cet article, il serait impossible d'accorder l'hypothèque sur des immeubles situés en France, à des contrats de mariage passés en pays étranger. Cet article ne fait aucune distinction entre les contrats de mariage et les contrats ordinaires qui seraient passés dans le territoire des puissances étrangères. L'article 121 de l'ordonnance de 1629, qui avait pour objet de régler l'effet de l'hypothèque en France, quant aux actes passés en pays étranger, et aux jugemens qui y auraient été rendus, ne faisait également aucune distinction entre ces contrats, puisqu'il y était : « Les contrats ou obligations reçus en royaumes et souverainetés étrangères, *pour quelque cause que ce soit*, etc. » Il n'était pas possible de s'expliquer plus généralement.

Ce qui avait jeté quelque louche sur cette question, c'est que quelques-uns des anciens auteurs, qui étaient bien d'avis que les contrats passés en pays étranger n'emportaient point hypothèque en France, croyaient devoir en excepter les contrats de mariage. Mornac, entre autres, sur la loi dernière, ff. *de jurisdictione*, avait adopté cette exception, ainsi que Tronçon, sur l'art. 165 de la Coutume de Paris. Ils se fondaient sur ce que le mariage est essentiellement du droit des gens. *Non enim*, disait Mornac, *ex jure civili conventiones hæ ortæ sunt, sed ex ipso jure gentium.* Il citait, à l'appui de son opinion, un arrêt de la Chambre de l'édit, du 13 août 1601, que l'on voit

citer par plusieurs autres qui ont traité la matière. Cependant Tronçon admettait l'hypothèque dans le cas dont il s'agit, mais seulement pour la dot, et il se prononçait contre l'hypothèque, en ce qui concernait les *donations, préciputs et gains nuptiaux*, qui auraient été promis par le contrat. Cette exception, que quelques autres auteurs avaient aussi admise, était fondée sur ce que la somme constituée en dot était une suite nécessaire du mariage; elle était une véritable créance à laquelle se rattachaient tous les privilèges de la dot; au lieu qu'il n'en était pas de même des avantages faits à la femme, parce qu'on ne devait y voir que des conventions ordinaires, qui n'étaient pas des accessoires nécessaires du mariage.

Mais l'opinion de ces auteurs, même sur le principal, qui est la dot, ne peut être admise en principe, quoiqu'elle ait été adoptée par des arrêts. On y voit confondre deux choses bien distinctes, le mariage, et l'acte qui en règle les conventions. Le mariage est, sans contredit, par lui-même, du droit des gens. Dans quelque pays qu'il ait été célébré, lorsqu'il l'a été par l'officier qui en avait reçu le pouvoir par la loi du lieu, et avec les formalités qu'elle prescrit, il doit être reconnu partout, et emporter les effets attachés à une union aussi respectable. Quant à l'acte qui règle les conventions du mariage, sous le rapport des intérêts, sans doute il est obligatoire entre les époux, quoique passé en pays étranger, parce qu'il contient leurs engagements, et qu'il est un acte public, même hors du pays où il est passé; mais il n'y est pas *authentique*, et l'hypothèque n'est attachée qu'à l'*authenticité*: c'est un droit de réalité, qui ne peut résulter que d'un acte passé par un officier public ayant reçu ce caractère de la puissance sous la domination de laquelle sont situés les biens que l'on voudrait empreindre de l'hypothèque.

Voudrait-on dire, en venant à l'appui de la distinction faite par Tronçon, entre la dot et les *donations*, *préciputs* et *gains nuptiaux*, que l'hypothèque pour la dot a toujours été tacite, qu'elle existe par la seule célébration du mariage, sans aucun acte qui en règle les conventions, quant aux intérêts? Mais cette distinction même ne saurait se soutenir. A la vérité, l'hypothèque de la dot est tacite; mais que résulte-t-il de là? qu'elle existe par le seul ministère de la loi, sans le secours de la convention. La stipulation de l'hypothèque est présumée en faveur de la femme : l'hypothèque accompagne l'apport de sa dot. Mais cette hypothèque tacite ou présumée, et l'hypothèque convenue ou expresse, ne laissent pas de devoir leur effet à la loi. C'est la loi civile qui donne à la convention écrite, comme à la convention présumée, la vertu de l'hypothèque, qui est autre chose que la convention. Celle-ci, sans l'hypothèque, devient un seul pacte volontaire qui n'est revêtu d'aucune authenticité. L'hypothèque qui caractérise et donne une vertu particulière à la convention, dérive et ne peut dériver que de la loi. La volonté de l'homme peut former le corps de la convention, mais elle est impuissante pour produire l'hypothèque; c'est la loi civile qui lui donne l'existence [1].

Cependant il y a eu des époques où la question a éprouvé des difficultés sérieuses et embarrassantes. On remarque une grande divergence d'opinions et d'arrêts; et les détails qu'on voit dans le Répertoire de jurisprudence, au mot *Hypothèque*, *sect.* 1er, § 5, *n*° 12, le prouvent. Néanmoins, dans les derniers temps, la jurisprudence paraissait être fixée par deux arrêts; l'un du 23 août 1737, rapporté par Lacombe fils, *pag.* 123, qui jugea qu'un contrat de mariage, passé à Liége, n'emportait aucune hypothèque en France; l'autre du Conseil d'état, du 18 mars 1748, rendu contre la princesse de Carignan, qui jugea que son contrat de mariage, passé à Turin, n'avait pas l'effet de l'hypothèque dans le royaume. Cet arrêt cassa celui du parlement de Paris, du 3 août 1744,

[1] Voyez ce que j'ai dit sur l'effet des contrats passés en pays étranger, quant à l'hypothèque, en m'expliquant sur l'hypothèque conventionnelle.

qui avait jugé le contraire. Aussi Roussille, *de la dot, tom.* 1er, *pag.* 326, s'est contenté de partir de ces deux arrêts, pour établir que l'hypothèque devait être refusée à des contrats de mariage passés dans des pays étrangers.

247. Tels sont les principes adoptés par l'art. 2128 du Code civil. D'après cet article, la question peut se simplifier; elle doit néanmoins être subordonnée à une pistinction.

Ou ce sont deux individus non Français, c'est-à-dire, domiciliés dans un pays étranger, qui contractent un mariage dans ce même pays, le mari possédant des biens en France; ou c'est un Français qui épouse une femme dans un pays étranger, laquelle vient habiter avec son mari en France, où elle acquiert domicile.

Au premier cas, le contrat de mariage même reçu par un officier public en pays étranger, n'acquiert à la femme aucune sorte d'hypothèque sur les biens que son mari peut posséder en France, ni pour sa dot, ni pour ses conventions matrimoniales. Elle ne peut réclamer une hypothèque conventionnelle, puisque, d'après ce qui vient d'être dit, un acte passé dans de pareilles circonstances n'imprime aucune hypothèque sur des biens situés en France, où il n'aurait le privilége, ni de l'authenticité, ni de l'exécution parée. La femme n'aurait pas plus une hypothèque légale soit pour sa dot, soit pour ses conventions matrimoniales, et surtout le privilége de l'affranchissement de l'inscription établi par l'art. 2135 du Code civil. Il y en a la même raison que pour l'hypothèque conventionnelle, qui est que l'hypothèque légale qui peut suppléer au défaut d'hypothèque conventionnelle, émane, comme cette dernière, du droit civil. Or, il est incontestable que le droit civil d'une nation protége uniquement les citoyens de cette nation pour lesquels ce droit est établi, et il ne se communique nullement aux citoyens d'une autre nation, auxquels ce droit est absolument étranger.

Il faut cependant convenir que, d'après les lois politiques ou des traités, un contrat de mariage pourrait, comme tous autres actes passés en pays étranger, porter hypothèque sur des immeubles situés en France, d'après la disposition de l'art. 2128 du Code civil, qui doit être commune aux contrats de mariage, comme à tous autres contrats, puisque la loi ne fait à cet égard, aucune distinction. Mais si, d'après la réciprocité relative d'une nation à l'autre, il devait y avoir seulement hypothèque, et même une hypothèque légale, au moins faudrait-il toujours que, dans ce cas, la femme étrangère prît une inscription pour la conservation de ses droits sur les immeubles de son mari. La réciprocité de nation à nation, qui peut résulter des lois politiques et des traités, doit toujours se borner aux objets sur lesquels cette réciprocité est restreinte. Tout émane du droit civil, et la légalité de l'hypothèque, et l'affranchissement de son inscription, dans les cas déterminés. Et toute dispense qui ne peut résulter d'un état de réciprocité, ne peut être admise contre la règle générale qui veut la publicité de l'hypothèque.

Au second cas, c'est-à-dire, lorsqu'un Français épouse une femme en un pays étranger, et lorsque cette femme vient habiter avec son mari en France, où elle acquiert domicile, on ne peut alors se décider par les mêmes principes. La femme étrangère qui épouse un Français, et qui suit son mari, devient Française. Telle est la disposition de l'art. 12 du Code civil. Ainsi, la femme qui est dans cette position jouira, comme toute femme française et mariée en France, de tous les droits accordés aux femmes par le Code civil, tant pour la dot que pour les conventions matrimoniales. On sent que si la femme épousée en pays étranger, qui suit son mari en France, n'a point d'acte qui règle les conventions matrimoniales, le mariage, comme pour toute femme française et mariée en France, serait réglé par le chap. 2 du titre *du contrat de mariage*, relatif au régime de la communauté. L'art. 1400 du Code suppose le défaut de contrat. C'est toujours la loi du domicile du mari, qui est

la loi matrimoniale. Il semble qu'il serait à propos que les époux, étant fixés en France, fissent déposer une expédition de leur contrat de mariage chez un notaire du lieu du domicile du mari, en vertu d'un jugement du tribunal de ce domicile. On sent le but de cette mesure. C'est afin que des tiers pussent se procurer la connaissance des conventions matrimoniales, aussi aisément que peuvent l'avoir les tiers, relativement aux époux mariés en France. Il y a plus, c'est qu'il sera toujours prudent que la femme mariée, dans le cas dont il s'agit, prenne une inscription sur les immeubles de son mari, acquis en France, pour sa dot et pour ses conventions matrimoniales.

Enfin, il reste une observation essentielle, c'est que, pour assurer les répétitions dotales de la femme mariée en pays étranger, il est à propos, respectivement aux créanciers que le mari pourrait avoir dans la suite, qu'elles soient établies par le contrat de mariage, ou par des quittances notariées qui soient en rapport avec ce contrat. Cela est surtout nécessaire pour les répétitions qui auraient pris naissance dans le pays étranger où le mariage aurait été contracté. On sent qu'étant venue en France, elle pourrait prouver difficilement la sincérité de ces répétitions autrement que par des actes authentiques; elle pourrait n'être pas dans la même position que les femmes mariées en France, pour lesquelles il ne faut pas nécessairement de quittances notariées de la part de leurs maris, ainsi que je l'ai observé, n° 234.

Mais tout ce que j'ai dit ne peut avoir lieu que pour les contrats de mariage passés par des officiers publics des pays étrangers, autres que les chanceliers des consuls français qui y seraient établis. Car il est impossible de faire aucune différence entre les actes passés à ces chancelleries, et ceux reçus par des notaires en France, puisqu'ils sont tous revêtus d'une autorité qui émane du roi. On doit appliquer ici ce que j'ai dit pour ce cas, en traitant de l'hypothèque conventionnelle et de l'hypothèque judiciaire [1].

248. L'hypothèque légale de la femme s'étend sur tous les biens quelconques du mari, même sur ceux qui ont été acquis pendant la communauté, et qu'il a ensuite revendus. Cette question éprouva beaucoup de difficultés, lorsqu'elle se présenta dans les premiers temps de la promulgation du Code civil, quoiqu'aucun article de ce Code, et notamment les art. 2121 et 2135, qui sont les plus essentiels sur cette matière, n'empêchent que l'hypothèque légale de la femme ne porte sur tous les biens du mari, puisqu'ils n'en distinguent aucun.

Les difficultés provenaient de la nature des droits de la femme mariée sous le régime de la communauté, et de la différence considérable qui existe entre ce régime et le régime dotal. On sent bien que je parle du cas où la femme commune n'a pris part ni aux acquisitions, ni aux reventes faites par le mari, et où elle n'a contracté aucune obligation avec celui-ci.

Ceux qui se prononçaient contre l'existence des hypothèques de la femme sur les biens de la communauté avant la dissolution du mariage, ou avant la dissolution de la communauté, par une renonciation faite après une séparation de biens, disaient, « qu'en voulant que l'hypothèque de la femme frappe les biens de la communauté à fur et mesure qu'ils y entrent, et en admettant, par suite, que la femme peut poursuivre les tiers détenteurs, c'est gêner l'administration du mari, c'est lui ôter le droit que lui accorde spécialement l'art. 1421, de vendre, aliéner et hypothéquer les biens de la communauté, sans le consentement de la femme. Nul doute que quand les biens se trouvent dans les mains du mari, lors

[1] On lira avec fruit, sur les difficultés qui peuvent avoir trait aux contrats de mariage passés en pays étranger, une consultation délibérée par M. Sirey, le 27 mai 1817, souscrite par des avocats d'un mérite connu. Cette consultation est forte en principes. On la voit dans son recueil, *an* 1817, 2e *partie*, *pag.* 217. On y prend des connaissances utiles sur les usages de l'Espagne, où le contrat de mariage dont il s'agissait avait été passé.

de la dissolution de la communauté, la femme ne puisse exercer sur eux son hypothèque, conformément aux art. 2121, 2122 et 2135; mais lui permettre d'attaquer les tiers lorsque les biens ont été vendus, c'est renverser la base fondamentale de la communauté, c'est empêcher, contre le texte précis de la loi, que le mari soit maître souverain de tous les biens qui la composent.» On allait jusqu'à dire que la communauté avait l'effet de faire considérer les époux comme associés, et que les ventes faites par le mari, quoique seul, devaient être regardées comme faites aussi par la femme elle-même; que tous ses droits ne se déterminent et ne naissent même qu'à la dissolution de la communauté, et ne peuvent s'exercer que d'après l'état des choses à cette époque.

A l'appui de l'opinion contraire, on se fondait sur le principe incontestable, que la renonciation à la communauté produisait l'effet de faire considérer la femme comme si elle n'avait jamais été commune, qu'elle la remettait au même état où elle était à l'époque de son mariage; de même qu'une renonciation à une succession a un effet rétroactif au jour du décès du défunt, et efface entièrement la qualité d'héritier. On oppose, à la vérité, contre ce principe, que cet effet de la renonciation n'est qu'une fiction de la loi, qui ne saurait détruire la réalité de la communauté et de la qualité de commune; que cette fiction n'a d'autre objet que de conserver les propres de la femme intacts, tant qu'elle ne s'oblige pas, et de lui réserver l'exercice de ses hypothèques, mais seulement sur ce qui reste dans la fortune du mari après la cessation de son administration de la communauté. Mais cette objection, répondait-on, n'est qu'une subtilité qui ne peut détruire le fait que le mari est maître de la communauté, propriétaire des biens qui la composent, et que, par conséquent, ils deviennent empreints des hypothèques de la femme comme ses biens propres, et qu'il ne peut en disposer que sous la charge de ces hypothèques. Tel est, d'ailleurs, le résultat de notre législation sur la communauté, et notamment de l'art. 1495, où il est dit que la femme (renonçante) peut exercer toutes ses actions et reprises, tant sur *les biens de la communauté* que sur les biens personnels du mari. L'exercice de ces droits est établi d'une manière absolue et indéfinie sur les biens de *la communauté*. Il n'est pas dit *s'il y en a* après la dissolution de la communauté.

Je ne fais que présenter un résumé très succinct d'une dissertation qu'on voit, à ce sujet, dans le recueil de jurisprudence du Code civil, *tom.* 19, *pag.* 187. Elle est suivie d'un arrêt de la Cour royale d'Angers, du 26 août 1812. Cet arrêt admit le principe que l'hypothèque est un droit formé et acquis à la femme, du jour du mariage, quoiqu'il soit subordonné à des cas et à des conditions éventuels; en un mot, que l'effet de l'hypothèque de la femme qui n'a pas consenti à la vente est seulement incertain et suspendu jusqu'à la dissolution de la communauté, mais qu'il n'existe pas moins; que ce n'est pas cette dissolution qui fait naître les droits de la femme, qu'elle n'a point d'autre effet que de leur donner ouverture. Pour abréger, je ne rapporterai pas les motifs de cet arrêt. Ils méritent d'être médités. On y voit la véritable application des principes de la matière.

La même question s'étant présentée à la Cour royale de Colmar, cette Cour jugea différemment. Il semblerait qu'elle s'était décidée par des circonstances particulières. C'était l'épouse d'un Juif qui réclamait son hypothèque. On regardait comme dangereux de faire triompher le système de cette femme, parce que les Juifs n'ayant leur fortune que dans leur porte-feuille, n'achetant des biens que pour les vendre aussitôt avec beaucoup de bénéfice (il était question d'achat et de revente de biens nationaux), pourraient dès lors grever d'hypothèques légales, en faveur de leurs femmes, tous les biens qui passeraient ainsi dans leurs mains, et exposer des acquéreurs de bonne foi à être évincés, ou à payer deux fois, sans pouvoir espérer un recours utile contre leurs vendeurs.

Mais, sur le pourvoi, la Cour de cassation, par son arrêt du 8 novembre 1813, écarta les moyens de considération pour s'en tenir aux principes. L'arrêt attaqué fut cassé comme présentant une violation formelle des art. 2121 et 2135 du Code civil, qui assurent aux femmes mariées une hypothèque légale sur les biens de leurs maris. Il n'y avait pas en effet de distinction à faire, dès que la loi n'en faisait pas. Cet arrêt est rapporté dans le même recueil, *tom*. 21, *pag*. 336.

Enfin, la question a encore été soumise à la Cour royal d'Orléans, et les mêmes principes y ont été adoptés par un arrêt du 14 novembre 1817. Il est rapporté dans le recueil de Denevers, *an* 1819, *pag*. 31, *au suppl*. Mais ce qui met le dernier sceau à la jurisprudence sur ce point de législation, c'est un arrêt de la Cour de cassation, du 9 novembre 1819, rapporté dans le même recueil et dans le même vol., *pag*. 623 *et* 624. Cet arrêt est remarquable par la justesse et la précision de ses motifs.

« Vu les art. 2121 et 2122 du Code civil, ainsi conçus : art. 2121, « Les droits « et créances auxquels l'hypothèque lé« gale est attribuée, sont ceux des femmes « mariées, sur les biens de leurs maris ; » article 2122, « Le créancier qui a une « hypothèque légale, peut exercer son « droit sur tous les immeubles apparte« nant à son débiteur, et sur ceux qui « pourront lui appartenir dans la suite, « sous les modifications qui seront ci-après « exprimées. » Attendu qu'aux termes de ces articles, tous les biens présens et à venir du mari sont soumis à l'hypothèque légale de la femme; que du nombre de ces biens sont les conquêts de la communauté, puisque la moitié en appartient actuellement au mari, et que l'autre moitié peut lui appartenir éventuellement, si la femme n'accepte point la communauté; que, par une suite, ils sont légalement affectés aux reprises de la femme, en cas de renonciation; qu'aucune loi n'excepte de cette affectation les conquêts aliénés par le mari pendant la communauté; qu'on ne peut, par conséquent, les en excepter sans violer ces mêmes articles; que si le mari a droit de vendre cette espèce de biens, pendant la communauté, sans le consentement de la femme, il ne s'ensuit point que, si elle renonce, elle ne puisse exercer son hypothèque sur ceux qu'il a aliénés avant sa dissolution, à moins que les acquéreurs ne l'aient purgée par les voies légales; qu'en effet, le droit du mari, à cet égard, est essentiellement subordonné à celui que l'art. 1453 donne à la femme de renoncer à la communauté, si mieux elle n'aime l'accepter; qu'il suit nécessairement de cet article, qu'en cas de renonciation, les actes faits par le mari pendant la communauté lui demeurent exclusivement personnels, et ne peuvent conséquemment faire obstacle à l'hypothèque de la femme, ni à son exercice; que le système contraire exposerait la femme à perdre ses reprises; tandis que l'hypothèque des conquêts aliénés par le mari, tant que la communauté subsiste, lui en assure la conservation, sans nuire à personne, puisque le mari peut la faire réduire, si elle excède; que ceux qui contractent avec lui sont libres de ne point le faire, connaissant ou ne devant point ignorer la condition de celui avec qui ils traitent, et que, si les acquéreurs veulent en purger les immeubles par eux acquis, ils le peuvent en usant des voies légales établies à cet effet; — Et attendu que, dans l'espèce, la femme Adam a renoncé à la communauté de biens entre elle et son mari, que dès lors la maison dont il s'agit demeure soumise à son hypothèque, quoiqu'elle ait été aliénée par le mari pendant la communauté, et que, par une suite, l'arrêt dénoncé, en jugeant le contraire, viole les art. 2121 et 2122 du Code civil; — Casse. »

Il n'est pas inutile de remarquer que, d'après les discussions qui ont préparé ces arrêts, les principes qu'ils ont adoptés étaient observés sous l'ancienne législation.

249. Si on fixe son attention sur l'étendue des droits que la loi attache aux hypothèques légales; si on remarque que

les femmes peuvent les exercer en tout temps. abstraction faite des époques auxquelles les maris peuvent avoir souscrit des obligations en faveur des tiers, ou fait des ventes, on voit que l'exercice de ces hypothèques peut tromper la sécurité d'un acquéreur qui, le premier, aurait acheté, ou celle d'un créancier qui, le premier, aurait eu une hypothèque même avec inscription, à une époque ou un mari avait encore plus de bien qu'il n'en n'aurait fallu pour faire face à tous les droits de la femme. Alors on est convaincu de la nécessité, soit de la part de l'acquéreur, soit de la part du créancier, de prendre toutes les précautions que la loi peut procurer, pour ne pas devenir victime à l'égard de la femme, selon la direction qu'elle peut donner à l'exercice de ses droits

Et d'abord, supposons qu'un mari, au moment où il veut vendre, ait pour 100,000 fr. d'immeubles; qu'il en vende à *Paul* jusqu'à concurrence de 20,000 fr.; que sa femme ait une hypothèque légale, affranchie d'inscription, pour pareille somme de 20,000 fr. : dans cet état, ce vendeur a pour 60,000 fr. de biens libres; mais il les vend dans la suite à *Pierre*, sans avoir pris inscription sur ses propres biens pour la conservation des droits de sa femme, conformément à l'art. 2136 du Code civil. *Pierre*, second acquéreur, prend tous les moyens indiqués par la loi pour purger l'hypothèque légale de la femme : celui-ci garde le silence sur toutes les notifications qui sont faites; il n'y a point d'inscription prise par elle, ou pour elle, par les personnes qui y sont plutôt invitées par la loi, qu'elles n'en sont chargées. D'après le défaut d'inscription dans le délai indiqué par la loi, *Pierre*, second acquéreur, paie au mari, vendeur, le prix de sa vente : il est valablement libéré, et à l'abri des recherches de la femme; mais celle-ci peut ensuite tourner tête, pour la conservation de son hypothèque légale, contre *Paul*, premier acquéreur; car, d'après la nature et l'étendue de son hypothèque, elle a le droit de l'exercer sur les biens de son mari, abstraction faite de l'antériorité ou de la postériorité des ventes que celui-ci en aurait faites. Il est aisé de sentir que *Paul*, premier acquéreur, pour éviter cette position, doit faire purger les biens qu'il a acquis, de l'hypothèque légale de la femme du vendeur, par les voies connues, et qu'il est inutile que je rappelle. Aussi la Cour royale d'Orléans, dans les motifs de son arrêt que j'ai cité dans le n° précédent, par lequel elle a jugé que l'hypothèque légale frappait sur tous les biens *de la communauté*, à fur et mesure que le mari les vendait, a inséré celui-ci : « D'où il suit que, dans l'espèce, ceux qui ont acquis du mari doivent s'imputer *de n'avoir pas purgé utilement la demande hypothécaire légale.* »

Il y a plus; le premier acquéreur courrait le risque d'être évincé, ou de payer deux fois, dans le cas même où la femme, lorsqu'elle en a la capacité, d'après les circonstances déterminées par la loi, serait intervenue dans les ventes postérieures faites par son mari, et qu'elle aurait renoncé, en faveur des seconds acquéreurs, à son hypothèque légale. C'est ce qui a été jugé en thèse par un arrêt de la Cour de cassation, du 20 août 1816. *Denevers*, *an* 1816, *pag*. 545. Je renvoie l'arrêtiste pour connaître l'espèce et les motifs de l'arrêt.

Je dirai seulement que cet arrêt est fondé sur ces principes incontestables; 1° que ces renonciations sont de droit étroit; qu'elles doivent être restreintes aux personnes au profit desquelles elles sont faites, d'après l'art. 1165 du Code civil, et ce qui résulte de la loi 21, au Code *ad senat.*, *Cons. Vell.*; 2° que, par une suite de l'indivisibilité de l'hypothèque, le créancier a le droit de suivre son gage, dans quelques mains qu'il le trouve, et que la loi ne prescrit aucun ordre successif dans l'exercice de l'hypothèque; qu'elle ne distingue pas entre les acquéreurs antérieurs ou postérieurs, ce qui est la disposition précise de la loi 8, ff. *de distract. pign. et hypoth.*; 3° qu'on n'est jamais réputé pratiquer un dol, lorsqu'on ne fait qu'user d'un droit légitime, et que le premier acquéreur a à s'imputer de

s'être dessaisi du prix de son acquisition, avant d'avoir purgé.

On ne devrait pas s'attendre à de pareils dangers, lorsqu'on contracte avec des personnes qui ont de l'ordre et de la moralité. Mais la force des principes doit être le premier fondement des décisions judiciaires.

250. Il y a encore d'autres points de vue sous lesquels la nécessité, de la part de l'acquéreur, de purger les hypothèques légales, se fait sentir. D'abord, sans cette purgation d'hypothèques, il peut toujours être recherché par la femme, soit qu'il y ait d'autres créanciers inscrits, soit qu'il n'y en ait pas : c'est ce qui résulte de ce qui vient d'être dit. Ensuite, s'il y a d'autres créanciers inscrits, dont les hypothèques doivent être purgées, et si, sur la notification de la transcription, qui doit être faite à ces créanciers, il faut en venir à un ordre entre eux, comme cela devient indispensable, on ne conçoit pas que cet ordre puisse se faire, sans que la femme du vendeur y soit partie; à moins que, malgré les mesures prises par l'acquéreur, en conséquence de l'article 2194 du Code civil, dans la vue de purger son hypothèque légale, elle ait gardé un silence absolu. Et ce que je dis d'un mari vendeur, s'applique à un tuteur qui vendrait, la position étant la même, s'agissant toujours d'hypothèques légales, pour la purgation desquelles il y a les mêmes mesures à prendre.

Il est, en effet, impossible que, sans savoir si les hypothèques légales seront purgées, ou non, on procède à un ordre, puisque cet ordre deviendrait inutile, si la femme ou le subrogé tuteur venaient ensuite réclamer leurs droits, et demander le partage des collocations à ceux des créanciers qui les auraient touchées. Il faut encore remarquer que toute inscription ne s'éteint que par sa radiation sur le registre du conservateur, d'après le paiement fait par l'acquéreur aux créanciers inscrits du montant de leurs créances, en conséquence d'un ordre, et sur la délivrance des bordereaux de collocation, ou d'après une consignation.

Aussi, un arrêt de la Cour royale d'Angers, du 14 juillet 1809, *Denevers*, *an* 1810, *p.* 60, *suppl.*, apprend qu'un acquéreur avait fait à des créanciers inscrits les notifications prescrites par la loi, mais qu'il avait trop retardé les mesures nécessaires pour la purgation des hypothèques légales. Avant l'accomplissement des formalités pour y parvenir, un des créanciers inscrits avait ouvert l'ordre : l'acquéreur se vit obligé de s'opposer à la distribution du prix, jusqu'à l'expiration des délais accordés pour l'inscription des hypothèques légales. Les créanciers contestèrent cette opposition, mais elle fut accueillie par les premiers juges, quoique l'acquéreur se fût lui-même présenté d'abord à l'ordre, sans protestation. Le jugement fut motivé sur ce qu'aucune loi n'ordonne, à peine de déchéance, l'exécution des formalités relatives à la purgation des hypothèques légales, dans un délai quelconque; et que l'accomplissement préalable de ces formalités était nécessaire, afin de pouvoir colloquer les hypothèques légales, dont les inscriptions pourraient survenir, suivant leur rang de privilége, et de ne pas distribuer le prix de cet immeuble à des créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque. Cette décision fut confirmée sur l'appel. Aussi voit-on, dans un autre arrêt de la Cour royale de Colmar, du 31 août 1811, rapporté dans le même recueil, *an* 1812, *pag.* 25, *suppl.*, qu'une femme qu'on avait cru d'abord, mal à propos, n'avoir pas conservé son hypothèque légale, et sans laquelle on avait procédé à un ordre, obtint ensuite contre les créanciers le rapport des sommes pour lesquelles ils avaient été colloqués. L'arrêt leur accorda cependant, attendu leur bonne foi, la faveur de n'être condamnés aux intérêts, qu'à compter du jour de la réception des sommes.

On est donc convaincu, d'après tout ce qui vient d'être dit, qu'un acquéreur peut toujours être recherché, à raison des hypothèques légales, tant qu'il ne remplit pas les formalités établies par l'art. 2194, pour parvenir à les purger. Si, lorsqu'elles ont été remplies, la femme ne requiert

point d'enchères, et ne prend pas une inscription dans le délai de deux mois (ce qui s'applique encore au subrogé tuteur), l'immeuble demeure libéré, entre les mains de l'acquéreur, de toutes hypothèques légales : il ne doit que le prix. Cependant, d'après une jurisprudence qui s'est formée, la femme, même après l'expiration de deux mois pendant lesquels elle aurait gardé le silence, peut se présenter à l'ordre, pour demander l'allocation de ses créances, auxquelles est attachée l'hypothèque légale. Mais cela concerne seulement les créanciers, et nullement l'acquéreur. Voyez ce que je dis à ce sujet au nº 265.

251. Quant à celui qui prête dans le cas ci-dessus indiqué, sa position est différente, et elle est plus délicate. Partons de la même situation hypothétique que j'ai présentée, nº 249, sur la fortune d'un particulier. *Pierre* a 100,000 fr. d'immeubles; sa femme a une hypothèque légale pour 20,000 fr.; il consent une obligation de 20,000 fr. sur un objet particulier, dépendant de sa fortune, avec hypothèque spéciale, à *Paul* qui prend une inscription : ensuite vente à *Jacques* des 60,000 francs de biens restans, qui paraissent libres; mesures prises par *Jacques*, afin de purger l'hypothèque légale de la femme : silence absolu de celle-ci. Si la purgation de son hypothèque se consomme, *Jacques* peut payer le prix au vendeur, et être à l'abri des recherches de la femme; mais dans la suite elle peut, d'après les principes déjà exposés, exercer son hypothèque légale sur l'objet particulier grevé d'hypothèque conventionnelle envers *Paul*, malgré l'inscription que celui-ci aura prise, l'hypothèque légale devant toujours avoir la préférence, même sans inscription. Quel est le parti que *Paul* pourra prendre pour se tirer de cette position ? On sent qu'il n'a pas les mêmes avantages que s'il était acquéreur au lieu d'être créancier. La facilité qu'il aurait eue de purger l'hypothèque légale aurait fait cesser, ou, pour mieux dire, prévenu toutes difficultés.

On conçoit d'abord qu'aux termes de l'art. 2136, il aurait la ressource de l'action en stellionat contre son débiteur, pour n'avoir pas pris sur ses propres biens une inscription pour les hypothèques légales dont ils étaient grevés, ou pour n'avoir pas déclaré, lors des obligations qu'il souscrivait, l'existence de ces hypothèques. Mais ce moyen, quoiqu'il soit une preuve de la prévoyance du législateur, et qu'il soit toujours propre à contenir l'immoralité, peut, en définitif, devenir infructueux, et il faut aviser à d'autres ressources. Ce créancier ne pourrait pas, de son propre mouvement, prendre une inscription au nom de la femme; un désaveu la rendrait inutile; il ne peut pas, non plus, prendre d'inscription comme son créancier et se subrogeant à ses droits. Il n'est point créancier de la femme, et il n'a aucun droit de veiller, comme partie intéressée, à la conservation des créances de celle-ci. Elle jouit, dans cette circonstance, de la plénitude de ses droits; elle est maîtresse de prendre une inscription, ou de s'en abstenir.

Mais il s'agit de savoir si elle ne peut pas être forcée, par l'autorité de la justice, à prendre une inscription. Or, on doit pencher pour l'affirmative. Ce serait le cas d'invoquer la disposition de l'art. 1167 du Code civil, où il est dit que les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur, *en fraude de leurs droits*. Si le créancier peut attaquer et faire déclarer nul un acte fait en fraude de ses droits, il est, sans contredit, dans l'esprit de la loi qu'il puisse arrêter un acte qui tendrait à préjudicier à ses droits, et dont l'effet deviendrait irréparable s'il était consommé. On peut pratiquer une fraude par l'omission d'un acte, comme en en faisant un, selon les circonstances. Ici le mari et la femme sont évidemment en fraude. Ils ne pourraient l'un et l'autre, sans indélicatesse, se refuser à prendre l'inscription qui serait demandée; elle devrait être ordonnée dans l'intérêt de la femme, comme dans celui du créancier, la loi ayant manifesté, dans nombre d'articles, le vœu de l'inscription au nom de la femme, d'abord pour lui conserver sa dot,

et ensuite afin d'empêcher que les tiers ne soint trompés. La procédure à tenir en pareil cas, ne peut présenter de difficultés sérieuses. On sent qu'il faudrait agir par forme d'instance provisoire. Le créancier, au moment où il serait instruit de ce qui serait fait par l'acquéreur, en vertu de l'art. 2194, et de l'avis du Conseil d'état, du 1er juin 1807, assignerait le mari et la femme aux fins que je viens d'indiquer; il assignerait en même temps l'acquéreur en assistance de cause, pour voir ordonner, s'il en était besoin, la prorogation du délai accordé pour l'inscription, par cet art. 2194, et par l'avis du Conseil d'état. La justice pourrait ordonner, pour mieux assurer l'existence de l'inscription, qu'elle serait prise par le procureur du roi.

On sent encore que s'il restait quelques propriétés au débiteur, outre celle qu'il aurait d'abord hypothéquée, et indépendamment de celle qu'il aurait vendue après, le créancier pourrait exercer une action contre lui, dont l'objet serait d'obtenir ou le remboursement de sa créance, ou un supplément d'hypothèque. Ce serait une conséquence de l'art. 2132. On agirait, en un mot, selon la position des parties, et les circonstances qu'il est impossible de déterminer avec précision.

Mais il y a un moyen plus simple de rassurer les acquéreurs et les créanciers du mari, et d'alléger en même temps le poids des hypothèques légales, à l'égard de celui-ci. Je veux parler de l'usage de la restriction des hypothèques, permise par la loi. J'en indiquerai bientôt les moyens.

252. Après avoir expliqué la nature des hypothèques légales des femmes, et après avoir indiqué les précautions que doivent prendre les acquéreurs et les créanciers des maris dont les biens sont affectés à ces hypothèques, je dois faire connaître les difficultés qui peuvent s'élever sur certaines obligations des femmes elles-mêmes, ou sur les subrogations qu'elles pourraient faire à leurs hypothèques légales. Ce que je vais dire ne peut concerner que les femmes mariées sous le régime de la communauté. Quant à la capacité des femmes, en général, relativement aux obligations qu'elles peuvent consentir, je m'en suis expliqué au n° 33 et suivans.

Il n'y a nul doute que la femme ne pourrait, dans l'unique intérêt de son mari, et abstraction faite de celui de la communauté, s'obliger ou renoncer à ses droits et hypothèques. Ce serait de la part du mari un abus d'autorité. Lorsqu'il est question d'alléger à l'égard du mari, le poids d'une hypothèque légale qui serait plus ou moins inférieure à la valeur de ses biens, il peut y parvenir, mais seulement par les mesures indiquées dans les articles 2140 et 2144 du Code civil, et en pratiquant les formalités prescrites par ces articles.

Mais si, dans l'intérêt de la communauté, pour les affaires communes ou pour celles du mari, la femme se voit obligée de contracter des engagemens envers des tiers, elle peut le faire avec le consentement de son mari. Elle a donc la faculté de s'obliger, d'hypothéquer et même de vendre, toujours avec le même consentement; et alors la femme est réputée être seulement caution du mari; elle a, comme toute caution, son recours contre lui; mais ses engagemens restent, respectivement aux tiers. Telle est la disposition de l'art. 1431 du Code : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution : elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. ».

Lorsqu'on remarque les progrès de la jurisprudence, on voit que la question relative à la capacité de la femme, dans le cas dont il s'agit, a souffert dans le principe des difficultés. Mais elles dérivaient uniquement de ce qu'on confondait les cas prévus par les art. 2140 et 2144, avec le cas énoncé dans l'art. 1431, et dans d'autres analogues à ce même article, cas qui sont absolument distincts, et susceptibles de règles différentes. Enfin, la question a été ainsi jugée en thèse par un arrêt de la Cour de cassation, du 12 février 1811, et par un autre de la même

Cour, du 12 janvier précédent, qui est rappelé et attesté dans un arrêt conforme de la Cour d'appel de Gênes, du 30 août de la même année. *Recueil de jurisp. du Code civil, tom.* 16, *pag.* 136, *et tom.* 17, *pag.* 417; *Denev., an* 1811, *pag.* 158. Cette jurisprudence a constamment été suivie par nombre d'arrêts de Cours royales.

Il y a plus; l'arrêt de la Cour de cassation, du 12 février an 11, rendu par la section civile, dans l'intérêt de la loi, a jugé en thèse que la femme mariée qui s'était obligée solidairement avec son mari, à garantir la vente d'un immeuble sur lequel elle avait pris une inscription hypothécaire, pouvait consentir, en faveur de l'acquéreur, à la radiation de cette inscription. Cette faculté était une suite du pouvoir qu'elle avait de s'obliger et de vendre sous l'autorisation de son mari. En donnant mainlevée de sa propre hypothèque, elle ne faisait que ce que l'acquéreur pouvait la forcer de faire d'après ses engagemens précédens, dont l'exécution était fondée sur la loi. Je renvoie aux motifs de l'arrêt et aux conclusions de M. Merlin, qui sont rapportés dans les recueils. On ne peut que se rendre à la solidité de ses raisonnemens, qui étaient encore étayés d'une lumineuse dissertation de M. Tarrible, sur cette question.

Il n'est pas à beaucoup près inutile d'appeler l'attention sur deux actes du gouvernement, dont M. Merlin argumentait avec force à l'appui de son opinion, et qui doivent principalement être remarqués par les conservateurs et par les procureurs du roi des tribunaux. L'un est une circulaire de M. le conseiller d'état, directeur général des droits réunis, en date du 8 avril 1807 : il y est dit que l'hypothèque légale de la femme d'un receveur des droits réunis, sur les biens de ce dernier, s'évanouit au moyen du cautionnement solidaire qu'elle contracte envers le gouvernement. L'autre est une instruction adressée par le ministre de la justice, le 15 septembre 1806, à tous les procureurs généraux et procureurs du roi. Le ministre y recommande à ces magistrats de ne pas prendre d'inscription au nom de la femme qui a vendu solidairement avec son mari.

253. Il peut y avoir des cas où l'hypothèque légale d'une femme sur les biens de son mari cesse, parce qu'elle serait garante de sa propre demande. Lorsque cela arrive, cette hypothèque légale ne peut servir de fondement à des inscriptions qui seraient prises sur ses propres biens; et elle peut demander elle-même la radiation de ces inscriptions. Pour se faire bien entendre, un exemple devient nécessaire, et je le prends dans l'espèce d'un arrêt de la Cour de cassation, du 18 juillet 1820. *Denevers, an* 1821, *pag.* 109.

« Le 20 germinal an 13, le sieur Valmalette vendit au sieur Augé le domaine de Fegnat, moyennant 27,000 fr., qui furent payés comptant, sous la garantie hypothécaire que le sieur Ganiac, beau-père du vendeur, consentit en faveur de l'acquéreur pour la sûreté de ce paiement. Le 16 vendémiaire an 14, l'acquéreur fit transcrire son contrat. Aucun créancier ne s'inscrivit, de sorte que l'immeuble ne demeura grevé que de l'hypothèque légale de la dame Valmalette, *née Ganiac, épouse du vendeur*. Le 12 août 1817, inscription requise par le sieur Augé sur les biens du sieur Ganiac, en vertu de la garantie hypothécaire promise par ce dernier, dans le contrat de vente du 20 germinal an 13.

« Après le décès du sieur Ganiac, la dame Valmalette, sa fille et son unique héritière, demanda la radiation de cette inscription, sur le fondement que l'hypothèque était devenue inutile et frustratoire, dès l'instant qu'elle, dame Valmalette, seule créancière inscrite sur le domaine vendu par son mari, avait accepté purement et simplement la succession de son père, et se trouvait ainsi tenue de la garantie qu'il avait stipulée. Dès ce moment, disait-elle, j'ai cessé d'être recevable à exercer *contre le tiers acquéreur mon hypothèque légale pour raison de ma dot.* Ce tiers acquéreur ne manquerait pas, continuait-elle, de me repousser, par la maxime, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio,* puis-

qu'en ma qualité d'héritière de mon père, je suis obligée de garantir cet acquéreur de toute action hypothécaire relative au domaine qui lui a été vendu par le sieur Valmalette, mon mari. »

La Cour de cassation rejeta le pourvoi contre un arrêt de la Cour royale de Toulouse, qui avait accueilli la demande. J'ai rappelé l'espèce et les motifs de la réclamation, ce qui pouvait se faire brièvement, pour me dispenser de rapporter les motifs des arrêts qui s'y réfèrent.

Cet arrêt offre un exemple pour tous les cas auxquels on peut appliquer les mêmes principes. Ainsi, supposons qu'un particulier eût vendu des biens dotaux de sa femme, et que, pour la garantie de la vente, il eût consenti une hypothèque spéciale sur ses biens propres, pour laquelle l'acquéreur aurait pris une inscription, il est hors de doute que la femme du vendeur, qui aura survécu à son mari, pourra procurer à ses enfans, héritiers de leur père, la radiation de l'inscription, en offrant la ratification de la vente de son bien propre; et si la femme du vendeur était morte avant celui-ci, et que du mariage il y eût des filles qui seraient mariées sous le régime dotal, celle-ci, à raison de ce qu'elles seraient héritières de leur père, et qu'en cette qualité elles seraient garantes de ses faits, seraient en droit de demander la radiation de l'inscription qui, dès lors, deviendrait sans objet.

254. Il faut bien faire attention qu'une simple obligation de la femme, envers un tiers, conjointement avec son mari, n'est pas, à proprement parler, une subrogation qu'elle ferait à l'effet de son hypothèque légale sur les biens de celui-ci, et que cette obligation et la subrogation à l'hypothèque se règlent par des principes qui ne sont pas les mêmes.

Il ne saurait y avoir de différence entre une simple obligation de la part d'une femme mariée, et celle qui serait faite par un particulier quelconque, sans session d'aucun objet, sans affectation spéciale d'un immeuble. Or, dans ce dernier cas, quel serait l'effet de l'obligation ? ce serait seulement de rendre obligés le débiteur et ses biens, sauf à faire valoir l'obligation par les voies de droit, sur ces mêmes biens. Supposons que ce débiteur eût une créance avec affectation d'hypothèque et inscription sur un immeuble; celui envers lequel il se serait obligé, n'aurait certainement pas acquis, en vertu de cette obligation simple, la propriété du droit hypothécaire du débiteur. Ce droit hypothécaire pourrait être cédé par le débiteur à tout autre particulier, et il ne resterait au simple créancier que la ressource de l'opposition en *sous-ordre*, qui n'aurait lieu que dans le cas de la vente des biens du débiteur et de l'ouverture d'un ordre, sur le prix de ces mêmes biens, aux termes de l'art. 778 du Code de procédure. Ce prix serait distribué entre ce créancier et d'autres créanciers qui, comme lui, pourraient avoir pris des inscriptions en sous-ordre, avant la clôture de l'ordre, mais seulement par contribution, et au marc le franc des créances.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait supposer que les obligations, à mesure qu'elles se feraient, eussent l'effet d'attribuer une véritable hypothèque sur les droits de la femme. Cela aurait eu lieu dans l'ancienne législation, où un droit d'hypothèque était lui-même susceptible d'être hypothéqué. Mais il n'en est pas ainsi dans notre législation actuelle : hypothèque sur hypothèque n'a lieu. C'est ce que je crois avoir établi au n° 137.

On sent que ce que je viens de dire s'appliquerait au cas d'un jugement de condamnation obtenu contre une femme et son mari, même solidairement, comme au cas de la simple obligation. La condamnation ne produit que le même effet de l'obligation. La solidarité étend l'engagement, mais elle n'en change pas la nature : c'est seulement une obligation faite pour la dette d'un autre, comme caution. Il n'en résulte pas de cession des biens des l'un des coobligés, soit au profit de l'autre des coobligés, soit au profit du créancier. Il n'en résulte pas plus une hypothèque sur le droit hypothécaire qui

appartient à la femme sur les biens du mari; et il n'y a toujours pour cet objet que la voie de l'inscription en sous-ordre. Un jugement de condamnation obtenu contre la femme produirait bien une hypothèque générale sur ces biens, à la charge de l'inscription; mais l'effet de ce jugement se bornerait là, et il n'en résulterait pas plus que d'une simple obligation qu'elle aurait faite, une subrogation à son hypothèque légale sur les biens de son mari.

Qu'on ne soit pas étonné d'une exposition de principes qui paraissent si élémentaires; elle a pour objet de préparer les décisions de plusieurs questions très importantes qui vont être présentées.

255. Une de ces questions est de savoir quel est l'effet qu'on devrait attacher à la subrogation qu'une femme autorisée de son mari ferait au profit d'un tiers, à son hypothèque légale sur les biens du mari, afin de mieux assurer l'obligation que l'un et l'autre contracteraient solidairement. Or, on devrait considérer cette subrogation d'un œil bien différent que la simple obligation. Celui à qui cette subrogation serait faite, et qui se présenterait à un ordre de distribution de sommes provenantes de biens du mari, n'exercerait pas les droits de la femme simplement comme créancier, ce qui est le cas du *sous-ordre;* il les exercerait comme propriétaire de ces mêmes droits qui lui auraient été transmis par la subrogation ou cession.

Il est indubitable qu'un droit hypothécaire peut être cédé ou vendu, comme tout autre objet, soit mobilier, soit immobilier; il est également certain que, quoique le créancier subroge simplement, et qu'il ne soit pas dit expressément qu'il cède et transporte sa dette, cette subrogation a néanmoins tous les effets de la cession et transport. C'est une jurisprudence ancienne, attestée par Renusson, *de la subrogation, chap.* 10, *n°* 40, et par Auroux des Pomiers, *Coutume de Bourb.*, *art.* 127, *n°* 6 [1]. Ainsi, le particulier subrogé vient prendre à l'ordre le montant de la créance hypothécaire cédée, comme l'aurait fait la femme elle-même. Si, après le montant de la créance pour laquelle la subrogation a été faite, il reste des deniers, la femme a droit de les toucher, ou bien d'autres créanciers envers lesquels elle se serait simplement obligée, et qui auraient pris une inscription en *sous-ordre*.

C'est dans ces idées qu'ont été rendus deux arrêts de la Cour royale de Paris, l'un du 15 mai 1816, l'autre du 12 décembre 1817. *Denev., an* 1817, *pag.* 55, *et* 1818, *pag.* 15, *suppl.* Ils ont, l'un et l'autre, donné la préférence au créancier subrogé sur celui qui ne l'était pas. Je crois que cette décision doit fixer les idées sous le rapport de l'avantage qu'a la subrogation à l'hypothèque légale sur la simple obligation de la femme.

Mais l'arrêt du 12 décembre 1817 a décidé d'autres questions qui sont susceptibles de la plus grande attention. Dans l'espèce de cet arrêt, il y avait plusieurs créanciers successivement subrogés à l'hypothèque légale de la femme, et il fut décidé que chacune de ces subrogations aurait son effet jusqu'à concurrence de la créance pour laquelle elle avait été faite, en donnant la préférence sur les autres. Il fut jugé que par les subrogations que la femme avait consenties, elle s'était dessaisie successivement, et jusqu'à concurrence du montant de chacune de ces subrogations, des droits résultans de son hypothèque légale, et qu'elle n'avait pu, par des subrogations postérieures, porter atteinte à celles qu'elle avait précédemment consenties.

Mais cette décision n'est pas sans difficulté, et en voici la raison : c'est qu'en général, plusieurs particuliers subrogés à l'hypothèque d'un seul créancier, n'ont aucun avantage l'un sur l'autre; ils viennent tous à concurrence de leurs créances, qu'ils tiennent de leurs subrogations, et à la seule date de l'hypothèque de la

[1] On pourrait rigoureusement trouver une différence, quant aux effets, entre la cession ou transport, et la subrogation. Quelques auteurs en ont fait la remarque; mais cette distinction est peu utile en pratique. Cependant on peut voir ce que M. Persil en dit, *Rég. hypoth.*, *art.* 2103, § 2, n° 11.

créance à laquelle chacun d'eux a été subrogé partiellement. On peut voir ce que je dis à ce sujet, n° 297.

Cependant je pense qu'on doit regarder comme juste la décision adoptée par l'arrêt. Je crois que le principe que je viens de rappeler n'a lieu, en général, que lorsqu'il s'agit d'une subrogation que consent un créancier, abstraction faite de toute obligation qu'il contracte, ou de toute libération qu'il veut se procurer; que lorsqu'il est question d'une subrogation qu'il fait uniquement dans l'intérêt de ceux qui la demandent. Mais, lorsque la subrogation a lieu par suite d'une obligation que contracte le subrogeant qui a la faculté de s'obliger, ou dans la vue de se libérer envers un créancier, alors il répugnerait aux vrais principes concernant les engagemens, que la subrogation n'emportât pas dessaisissement de la portion de la créance pour laquelle elle serait consentie. J'en ai déjà fait l'observation au n° 93. Cette observation est confirmée par la décision de cet arrêt. On sent, au surplus, que c'est un avertissement pour prévenir la difficulté; ce qu'on peut faire par une stipulation bien simple.

Dans l'espèce du même arrêt du 12 décembre 1817, le premier des créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme avait pris inscription sur les biens du mari affectés à son hypothèque, mais sans faire mention de la subrogation qui lui avait été faite par la femme. Le second créancier, au contraire, avait pris une inscription dans laquelle il avait mentionné expressément la subrogation qui lui avait été consentie par la femme. L'inscription était prise tant en vertu de cette subrogation, qu'en vertu de l'obligation contractée par le mari et par la femme. Il s'élevait la question de savoir si, dans le concours des subrogés de la part de la femme, il n'était pas juste d'accorder la préférence à celui qui, le premier, avait fait inscrire sa subrogation. La Cour royale de Paris s'est décidée pour la fixation du droit de chaque créancier subrogé, selon la date des subrogations, abstraction faite du défaut d'inscription; elle s'est fondée sur ce que l'hypothèque légale existe indépendamment de toute inscription.

Or, c'est ici que l'on rencontre de sérieuses difficultés. La décision de cet arrêt ne peut recevoir une application juste pour tous les cas; en sorte qu'elle est susceptible de grandes modifications. En effet, on peut concevoir que s'il arrive un état de choses d'après lequel le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme se présente pour toucher le montant de la créance, soit à un ordre, soit autrement, il sera fondé à recevoir, selon la date de l'hypothèque légale à la laquelle il aura été subrogé par la femme, quoique son inscription ne fasse pas mention de la subrogation. Il faut convenir, en effet, que l'hypothèque étant légale dans son origine, elle passe au créancier subrogé avec cette qualité et avec le privilége qui y est attaché. Or, le privilége de cette hypothèque légale ayant été d'être affranchi d'inscription, jusqu'à l'ordre, le créancier subrogé peut opposer que, de même que la femme pourrait recevoir sa dot sans avoir pris préalablement une inscription, de même aussi lui créancier qui la représente, et qui est subrogé en tous ses droits, est fondé à réclamer ce qui reviendrait à la femme, quoiqu'il n'eût pas fait inscrire la subrogation, et qu'il eût seulement fait inscrire l'obligation.

Mais cette prétention serait-elle également fondée si, comme dans l'espèce de l'arrêt, il y avait d'autres créanciers postérieurs du mari, qui se seraient aussi fait subroger à l'hypothèque légale de la femme, et qui se seraient fait inscrire sur les biens du mari, tant en vertu de l'obligation qu'en vertu de la subrogation de la femme? Je pense que la négative serait sans difficulté; on en sent facilement la raison: ces derniers créanciers subrogés pourraient reprocher au premier créancier subrogé, de les avoir induits en erreur, pour n'avoir pas pris, comme eux, la précaution de s'inscrire en vertu de la subrogation de la femme à son hypothèque légale. Ils pourraient dire que si le premier créancier leur avait fait connaître,

par l'inscription, la subrogation qu'il tenait de la femme, ils n'auraient contracté ni avec cette femme, ni avec son mari; que ceux-ci les auraient trompés en leur faisant consentir par la femme une subrogation à son hypothèque légale, laquelle devenait sans effet, au moyen de la première subrogation qu'on leur aurait laissé ignorer; ils diraient que l'inscription du premier créancier subrogé aurait dû rappeler la subrogation à l'hypothèque légale, pour valoir au moins comme la notification d'un transport, laquelle est nécessaire pour saisir le cédataire, et pour prémunir les tiers contre des fraudes qui, par l'effet de l'ignorance dans laquelle on les aurait laissés, pourraient être concertées entre le mari et la femme.

Ce n'est pas tout encore; l'inscription en vertu de la subrogation pourrait devenir nécessaire sous un autre rapport, dans l'intérêt même du créancier subrogé. Cela arriverait dans le cas où un acquéreur des biens du mari prendrait, à l'égard de la femme, les mesures indiquées par la loi pour purger son hypothèque légale. Si la femme qui aurait fait la subrogation à un tiers, gardait le silence, quoique l'acquéreur eût pris ces mesures, et si cet acquéreur, ignorant la subrogation, payait la créance de la femme, ce qui pourrait se faire, au moins dans certains cas, il serait valablement libéré, et dès lors le créancier serait privé de l'effet de sa subrogation.

De tout cela il résulte donc que le créancier du mari, subrogé à l'hypothèque légale de la femme, doit toujours, pour ne pas courir des chances qui lui seraient funestes, prendre son inscription sur les biens du mari, tant en vertu de l'obligation, qu'en vertu de la subrogation faite par la femme.

256. On ne peut pas traiter de l'effet d'une subrogation à l'hypothèque de la femme, sans remarquer ce qui caractérise la subrogation et lui donne l'existence. Or, elle peut se faire de deux manières; ou expressément, ou tacitement; et l'une a la même vertu que l'autre. Il en est de même de tous les engagemens, lorsque la loi ne désigne pas des formes particulières pour qu'ils opèrent leur effet. Ainsi la subrogation tacite a lieu lorsque la femme ne se contente pas de s'obliger envers un tiers avec son mari, mais encore lorsque, conjointement avec lui, elle hypothèque un immeuble propre au mari, ou appartenant à la communauté. Concourir avec notre débiteur à hypothéquer un fonds qui nous est hypothéqué, c'est bien se désister de son hypothèque sur le fonds, en faveur de celui envers qui on consent cette hypothèque, et en investir celui-ci. Il y a aussi subrogation tacite à une hypothèque, si en même temps qu'un particulier s'oblige avec un autre, il concourt avec ce dernier à la vente du fonds qui lui serait hypothéqué; ce particulier, en concourant ainsi à la vente, transmettrait son hypothèque à l'acquéreur.

Ces principes, qui se soutiendraient d'eux-mêmes, peuvent être appuyés, au moins par induction, des dispositions de la loi 4, § 1er, de la loi 7, de la loi 8, § 6, et de la loi 9, § 1er, ff. *quibus modis pign., vel hypot. solv.* Le résultat des trois premières lois est que le créancier qui consent à la vente du fonds qui lui est hypothéqué, renonce à son hypothèque. *Si in venditione pignoris consenserit creditor, dicendum erit pignus liberari.* Et d'après la dernière loi, celui qui aurait consenti à une hypothèque sur le fonds qui lui aurait déjà été hypothéqué, serait censé avoir cédé son hypothèque au second créancier. Ces mêmes principes ont été adoptés par deux arrêts, l'un du 16 janvier 1819, rendu par la Cour royale de Paris; l'autre du 22 juillet de la même année, rendu par la Cour royale de Lyon. *Dener., an* 1819, *pag.* 23, *et* 1820, *pag.* 1re, *suppl.*

Dans l'espèce du premier arrêt, les sieur et dame Florent avaient consenti, au profit du sieur St-Quentin, le 27 janvier 1814, une obligation de 30.000 fr., pour sûreté et garantie de laquelle ils lui avaient hypothéqué conjointement le domaine des Vignoles, qui était un conquêt de leur communauté. Cette hypothèque avait été inscrite en temps utile. Dans la

suite, et par acte du 30 mai 1816, la dame Florent, alors séparée de biens, fit une *cession de toutes ses reprises*, au profit du sieur Lemoine, *avec subrogation à son hypothèque légale*. Il s'ouvrit un ordre sur le prix du domaine *des Vignoles*. Il s'éleva une question de préférence entre le sieur Lemoine et le sieur St-Quentin. Le sieur Lemoine disait, à l'appui de sa demande en préférence, que le sieur St-Quentin, n'étant porteur d'aucune subrogation *expresse* de la part de la dame Florent, ne pouvait empêcher cette dame, ou son cessionnaire, d'exercer des droits dont elle ne s'était pas dépouillée par l'acte du 27 janvier 1814. Mais il fut reconnu, en principe, que la stipulation de la part de la dame Florent, de l'hypothèque, conjointement avec son mari, sur des biens affectés à son hypothèque légale, renfermait une subrogation tacite qui équivalait à une subrogation expresse; et que, quoique le sieur Lemoine eût pour lui une subrogation expresse, la première, qui avait la même vertu, devait l'emporter comme étant antérieure.

Lors du second arrêt, il s'agissait d'une obligation de 6,000 fr. faite le 7 octobre 1811, par les sieur et dame Lambert, au profit du sieur de Rochetaillé. Ils s'étaient obligés solidairement au paiement de cette somme, et, pour l'assurer, ils avaient affecté, *par hypothèque spéciale, les immeubles que possédait le sieur Lambert*, qu'ils déclaraient, sous les peines du stellionat, n'être grevés en ce moment d'aucune autre hypothèque que celle créée au profit des deux sœurs du sieur Lambert. Le sieur de la Rochetaillé avait pris inscription sur ses débiteurs. Le 19 décembre 1816, la dame Lambert se rendit caution de son mari envers le sieur Daviot, créancier de ce dernier en vertu de jugemens et d'arrêts; et pour sûreté de ce cautionnement, *elle subrogea le sieur Daviot au bénéfice de l'hypothèque légale* qui lui était acquise sur les biens de son mari. Un ordre s'ouvrit sur les propriétés du sieur Lambert, qu'il avait vendues, pour la distribution du prix. La même question de préférence s'éleva entre les sieurs Rochetaillé et Daviot; celui-ci soutenait qu'il avait une subrogation expresse de la part de la femme Lambert, à l'effet de son hypothèque légale; que cette subrogation le constituait propriétaire de l'hypothèque, et qu'il pouvait l'exercer pleinement, comme aurait pu faire la dame Lambert elle-même. Il disait que le sieur de Rochetaillé n'avait pas le même avantage, parce que son titre n'était qu'un engagement solidaire, consenti par le mari et la femme conjointement, lequel, quoique antérieur à celui du sieur Daviot, ne lui attribuait aucun droit de préférence ou d'antériorité, parce qu'on n'y rencontrait pas, de la part de la femme coobligée, une subrogation expresse à son hypothèque légale. La Cour royale de Lyon a jugé que le premier engagement de la dame Lambert contenait virtuellement le même effet que le second, et que le premier engagement, à raison de son antériorité, devait obtenir la préférence. Elle a admis en principe que « la subrogation ou la renonciation à une hypothèque légale peut s'opérer expressément ou tacitement; qu'elle est expresse, lorsqu'on la trouve stipulée en termes directs ou formels, dans l'acte où elle a été consentie; qu'elle est tacite, lorsqu'on la voit clairement résulter de l'ensemble des dispositions portées dans l'acte, tellement qu'on ne puisse raisonnablement leur attribuer un autre sens; que c'est ce qui arrive, par exemple, lorsque la femme, coobligée avec son mari, a procédé conjointement avec lui, soit pour l'aliénation d'un immeuble sur lequel venait s'asseoir son hypothèque légale, soit pour hypothéquer au profit du créancier à qui elle fournit son propre engagement......... et qu'au surplus, soit qu'une subrogation ou une renonciation à l'hypothèque légale ait été expresse, soit qu'elle ait été seulement tacite, elle doit avoir, dans les deux cas, son plein et entier effet. »

257. J'ai vu s'élever des difficultés sur l'effet que doit avoir, d'après ce qui vient d'être dit, la subrogation faite par la femme, respectivement à la simple obligation que celle-ci aurait consentie. On

accordait bien que si la subrogation est faite avant de simples obligations, elle doit attribuer au créancier subrogé le droit de prendre, lors d'un ordre, ce que la femme aurait pu prendre elle-même, par préférence à tous autres créanciers du mari, envers lesquels elle s'est obligée; mais on pensait que si la femme s'était obligée d'abord envers des créanciers de son mari, elle ne pouvait ensuite, même par des subrogations à son hypothèque légale, détruire l'effet de ses premières obligations.

Ceux qui embrassaient cette opinion la soutenaient en disant qu'il est sans difficulté que la femme ne pourrait toucher elle-même les deniers qui lui reviendraient, au préjudice des créanciers envers qui elle se serait obligée, et que les créanciers qu'elle aurait subrogés ensuite, n'ayant pas plus de droit qu'elle, ne pourraient également les recevoir. Ils ajoutaient que le créancier qui prend l'obligation de la femme serait ensuite trompé, si un nouveau créancier auquel celle-ci ferait une subrogation à son hypothèque légale, venait l'exclure lors d'un ordre. On concevait, en un mot, difficilement l'avantage de la subrogation à l'hypothèque légale, soit expresse, soit tacite, sur la simple obligation, quand elle était antérieure à la subrogation.

Mais toutes ces difficultés ne pouvaient dériver que de la confusion qui se faisait, dans l'esprit, des anciens principes avec les nouveaux; et c'est pour éclaircir plus particulièrement ces difficultés, que j'ai tâché, dans les nos précédens, de développer avec précision les principes relatifs à la simple obligation, et ceux qui concernent la subrogation. On a déjà vu qu'hypothèque sur hypothèque ne peut avoir lieu. Or, il est incontestable qu'une simple obligation ne saisit, par son propre effet, le créancier d'aucune portion des biens du débiteur; que le créancier a seulement le droit d'exercer ses actions sur ses biens, par les voies légales. Le créancier qui a simplement la femme pour obligée, n'est pas saisi du droit hypothécaire appartenant à celle-ci. S'il veut s'en prendre à ce droit hypothécaire, il n'a que la voie de l'opposition en *sous-ordre*, comme tout créancier quelconque; au lieu que le créancier auquel la femme a fait une subrogation à son hypothèque légale, est saisi, à titre de propriétaire, du droit hypothécaire qui est un droit réel sur l'immeuble; et le créancier simple n'a rien, s'il ne reste rien après la réception de la créance pour laquelle la subrogation a été faite.

Lorsqu'il s'agit de déterminer des droits de propriété, comme dans l'espèce, il faut nécessairement se guider par les principes du droit, quelque délicats et quelque subtils qu'ils deviennent, ce qui arrive quelquefois, selon la nature des matières; mais enfin ces principes existent. On n'a jamais pu assimiler un simple créancier à un propriétaire. Un débiteur qui, malgré son obligation, demeure propriétaire d'un objet, a, par cela même, le droit d'en disposer. Celui qui s'est contenté d'une simple obligation doit demeurer dans la position dans laquelle il s'est placé. Il peut faire saisir les droits mobiliers de son débiteur; et l'opposition en *sous-ordre* ne peut qu'être assimilée à une pareille saisie. Mais si, avant la saisie, le débiteur à qui ces droits appartenaient, les a touchés, ou s'il en a valablement disposé, comme il pouvait le faire tant qu'il était investi de la propriété, alors tout droit de saisir disparaît. La possibilité de commettre des fraudes n'est pas, au moins dans cette espèce, un moyen déterminant. D'ailleurs la fraude ne pourrait vicier un acte qu'autant que les deux parties contractantes seraient de mauvaise foi, et auraient voulu respectivement se prêter à cette fraude. Or, on sent que celui qui se fait subroger à l'hypothèque légale de la femme, peut avoir ignoré des obligations simples qui auraient été contractées auparavant; et quand il les aurait connues, il aurait pu penser, d'après les lois, qu'il acquérait un droit dont un créancier du mari, envers lequel la femme se serait seulement obligée, n'était point saisi : *vigilantibus jura subveniunt.*

Il est bien vrai que le créancier envers lequel la femme s'est simplement obligée,

aurait le droit de toucher le prix, dans toutes les circonstances, tant qu'il se trouverait seulement en présence de la femme; et celle-ci n'aurait pas le droit de l'en empêcher. Mais pourquoi? c'est parce que, comme débitrice, elle devait faire valoir son obligation. Cette qualité la rendrait garante de la réclamation qu'elle ferait comme créancière de son mari. Mais on sent quelle différence il y a entre cette position et celle du créancier subrogé, qui vient comme propriétaire du droit hypothécaire dont la femme a été dessaisie par la subrogation ou cession qu'elle a faite.

J'ai vu opposer contre l'opinion que j'émets, les dispositions des articles 1166 et 2092 du Code civil. D'abord, l'art. 1165 porte : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, etc. » Et l'article 1166 n'est qu'une modification de ce premier article : « Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. » Il est dit ensuite dans l'article 2092 : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présens et à venir. » On dit, en continuant l'objection : Le créancier a tous les biens du débiteur pour obligés; il peut exercer ses droits sur tous : donc le débiteur ne peut l'en empêcher par des actes postérieurs.

Il n'y a pas de plus fausse induction que celle qu'on tire de ces articles, dans la vue de donner à une obligation simple, le même effet qu'à une subrogation qui renferme une cession, un vrai transport. Les principes élémentaires, consignés, dans ces articles, ont eu lieu de tous temps. On voit dans les anciennes lois, dans tous les anciens livres, que *celui qui s'oblige, oblige tous ses biens*. Qu'a voulu dire par là le législateur? c'est que tout ce que peut avoir et ce qu'aura le débiteur, pourra devenir un sujet d'action pour le paiement de son obligation. L'art. 2092 a été écrit pour amener la disposition des art. 2093 et 2094, qui font la base de tout système hypothécaire quelconque. Il y est dit : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux *par contribution*, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers *des causes légitimes de préférence*. » — « Les causes légitimes de préférence sont les *privilèges et hypothèques*. » Les obligations ne procurent donc que des actions; et ces actions sont plus ou moins utiles, selon le privilége ou la préférence qu'elles obtiennent, d'après les formes établies par la loi.

Un créancier prend de son débiteur une obligation simple. Dans la suite, le même débiteur, consent à une autre personne une obligation avec affectation spéciale d'hypothèque, suivie d'inscription. Le premier créancier pourrait-il s'opposer à l'exercice du droit hypothécaire du second, en disant que le même immeuble lui était *obligé?* Cela ne se peut, parce qu'il y a pour le second une hypothèque, tandis qu'il n'y a pour le premier qu'une obligation. Or, si l'hypothèque produit cette préférence, comment celui qui a la propriété, tandis qu'un autre n'a qu'une simple obligation, n'aurait-il pas une préférence? car une préférence qui résulte de la propriété est encore plus puissante que celle qui se tire de l'hypothèque. Le créancier a, sans doute, la faculté d'exercer les droits de son débiteur, tel est l'ancien principe : *creditor in universum jus debitoris succedit*. Mais cet exercice est toujours subordonné aux droits de privilége ou préférence qu'auront acquis d'autres créanciers, et que celui qui aura une simple obligation ne se sera pas procurés. La contribution au marc le franc des créances est la règle générale entre les créanciers; mais cette règle cède aux exceptions établies par la loi, qui procurent les droits de privilége, de préférence ou de propriété sur l'objet simplement obligé.

Ainsi la subrogation à l'hypothèque légale doit avoir son effet contre tous créanciers du mari, envers lesquels la femme s'est simplement obligée, soit que les obligations soient antérieures à la subro-

gation, soit qu'elles soient postérieures.

Outre que ces réflexions me paraissent décisives par elles-mêmes, je puis encore fonder mon opinion sur les deux arrêts que j'ai déjà cités; l'un de la Cour royale de Paris, du 16 janvier 1819, l'autre de la Cour royale de Lyon, du 22 juillet suivant. L'opinion que je viens d'émettre se montre à découvert dans le développement des motifs de ces arrêts. « Considérant, est-il dit dans le premier arrêt, que sous le régime de la communauté, la femme peut, avec l'autorisation de son mari, *aliéner sa dot et ses reprises, qui ne sont que des créances contre son mari;* qu'elle peut, par conséquent, céder et transporter son hypothèque légale affectée à ces créances, faire des subrogations et accorder antériorité sur elle à ceux des créanciers qu'elle subroge; que ces subrogations *peuvent s'allier avec la bonne foi*, et que le créancier qui n'a point obtenu de subrogation, doit s'imputer de ne l'avoir point exigée. »

Les termes du second arrêt sont plus décisifs encore. « Attendu, y est-il dit, qu'il est de principe que jamais hypothèque sur hypothèque ne vaut (cela n'est cependant vrai que sous la législation nouvelle); et qu'ainsi, entre créanciers ayant tous l'engagement solidaire ou le cautionnement de la femme d'un débiteur, il n'y a jamais lieu d'établir, suivant la date de leurs titres respectifs, aucun droit de préférence ou d'antériorité; mais qu'il est certain, en même temps, qu'une femme après avoir cautionné son mari, ce qui n'est de sa part *qu'un engagement personnel, lequel lui laisse d'ailleurs la libre disposition de tous ses biens et de tous ses droits, en quoi qu'ils puissent consister, peut ensuite subroger valablement tout autre créancier à son hypothèque légale*, ou y renoncer en sa faveur; ce qui est, de la part de la femme, une véritable aliénation du droit d'hypothèque qui lui appartient; et qu'alors le créancier qui a obtenu une telle subrogation ou une telle renonciation, *doit être préféré sans difficulté*, quand il s'agit de distribuer les deniers dotaux de la femme, à des *créanciers antérieurs, en faveur de qui elle n'aurait consenti qu'un simple cautionnement*, un engagement personnel. »

Mon sentiment est qu'on doit se rendre à l'autorité de ces arrêts, parce qu'il sont fondés en raison et sur les vrais principes. De pareilles difficultés disparaîtront, lorsqu'on se sera plus particulièrement familiarisé avec la matière des hypothèques; lorsqu'on aura enfin perdu de vue cet ancien principe qu'hypothèque sur hypothèque avait lieu. On pourra même alors être étonné que je sois entré dans de semblables développemens; mais je les crois utiles au moment où j'écris.

Il n'y a donc pas de créancier qui ne sente tout l'avantage qu'a la subrogation à l'hypothèque légale de la part de la femme du débiteur (sous le régime de la communauté, car tout ceci est étranger au régime dotal), sur une simple obligation de la part de la femme, conjointement avec son mari.

258. Il arrive quelquefois que le mari et la femme vendent solidairement un bien de la communauté, ou un bien propre à l'un des deux époux. Il est bon de se former des idées sur le degré d'utilité que peut procurer à l'acquéreur la participation à la vente, de la part de la femme.

Il faut d'abord remarquer qu'il est indifférent, dans l'intérêt de l'acquéreur, qu'il y ait une simple vente solidaire de la part du mari et de la femme, sans subrogation expresse à l'hypothèque légale de la femme, ou que la vente contienne expressément cette subrogation. La raison en est que, comme je l'ai déjà dit, la participation solidaire à la vente, de la part de la femme, équivaut à une subrogation expresse. Il est toujours mieux, néanmoins, de stipuler formellement cette subrogation.

Celui qui acquiert et qui ne paie pas le prix de son acquisition, ne doit pas, sans de graves motifs, faire entrer la femme solidairement dans la vente avec le mari; il ne peut être excité à le faire que dans la crainte particulière de quelques recherches ou évictions; car si cette cause n'existe pas, il n'a nul besoin de l'engagement de

la femme; il est à l'abri de son hypothèque, en prenant les mesures prescrites par l'art. 2194 du Code civil, et par l'arrêté du Conseil d'état, du 1er juin 1807. Si la femme garde le silence, l'immeuble reste libre de son hypothèque entre les mains de l'acquéreur, sauf à la femme à venir à l'ordre, ce qui concerne seulement les créanciers. En sorte que les mesures indiquées produisent le même effet que la vente solidaire ou la garantie de la femme. Ce n'est pas tout; c'est qu'en se tenant à cette simple mesure, l'acquéreur est dispensé de beaucoup de soins, qui deviennent nécessaires pour exercer l'hypothèque légale qu'il voudrait suivre par la voie de la subrogation; au lieu que celui qui, en acquérant, a payé le prix, ce qui probablement aura été l'effet de quelques dispositions du vendeur à n'aliéner que sous cette condition, a le plus grand intérêt, surtout s'il y a des inscriptions prises sur le vendeur, à veiller à la conservation des droits de la femme, dans les vues de les exercer lui-même : ce qui demande beaucoup d'attention.

L'acquéreur qui est dans cette position, peut se dispenser de prendre, à l'égard de la femme, les mesures que je viens d'indiquer. Ces mesures seraient contradictoires avec la subrogation à l'hypothèque légale; il ne peut en craindre l'exercice, puisque cet exercice, en appartient à l'acquéreur, pour la sûreté de sa vente. Il n'a pas à redouter l'enchère, dont la provocation est un des objets des mêmes mesures, puisque l'enchère n'est qu'un acte d'exercice de l'hypothèque à laquelle la femme a renoncé en faveur de l'acquéreur. Il est de principe que, soit le vendeur, soit tous ceux qui ont concouru à la vente, ne peuvent faire d'enchères.

Ici reviennent les réflexions que j'ai faites au nº 252, relativement à l'effet des engagemens pris solidairement par la femme et le mari (toujours sous le régime de la communauté, car il ne s'agit ici que de ce régime). On y voit que l'hypothèque légale de la femme d'un receveur des droits réunis, sur les biens de ce dernier, s'évanouit au moyen du cautionnement solidaire qu'elle contracte envers le gouvernement. On y voit encore que le ministre de la justice a recommandé aux procureurs du roi de ne pas prendre d'inscription au nom de la femme *qui a vendu solidairement avec son mari*.

L'acquéreur qui est dans la position dont il s'agit, ne doit donc avoir d'autre but que de conserver l'hypothèque légale de la femme, et de la conserver uniquement pour lui, à l'effet de s'en aider au besoin, lorsqu'il sera procédé à l'ordre. Or, pour remplir ce but, il n'a qu'à exciter la femme à prendre elle-même inscription, sans que les mesures relatives à la purgation des hypothèques légales aient été observées. Si la femme ne fait pas d'inscription, il pourra en prendre une pour elle et en son nom, en qualité de créancier subrogé. Enfin, si la femme ne voulait pas se présenter à l'ordre, il la sommera d'y assister, à l'effet de déclarer en quoi consistent les droits résultans de son hypothèque légale, dont le montant sera touché, s'il y a lieu, par ce même créancier subrogé [1].

Tous les actes que je viens d'indiquer sont nécessaires, pour que l'acquéreur subrogé puisse, à l'époque de l'ordre, fixer avec les autres créanciers les droits de la femme dont la liquidation est nécessaire à leur égard. Ces actes seraient encore indispensables dans l'intérêt de l'acquéreur subrogé, afin qu'il ne demeurât point garant envers la femme, des omissions de collocation qui pourraient avoir lieu, relativement aux droits de celle-ci.

Cette théorie se comprendra plus facilement avec le secours de la pratique; et je trouve cette pratique dans le résultat d'un arrêt de la Cour de cassation, du 14 janvier 1817. Il est rapporté par Denevers, *même année*, *pag*. 97, et par Sirey, *id.*, *part.* 1re, *pag*. 146. Dans l'espèce de cet arrêt, un particulier avait acheté d'un

[1] La femme peut toujours venir à l'ordre et un créancier subrogé peut y venir pour elle, quoiqu'il n'y ait pas eu d'inscription dans les deux mois de l'affiche du contrat, énoncée dans l'article 2194 du Code civil. Voyez le nº 266.

mari et d'une femme; ils avaient vendu solidairement. Le prix de l'acquisition fut payé comptant. L'acquéreur se vit obligé de faire transcrire : des inscriptions l'exposaient à payer deux fois le prix de son acquisition. Il fit transcrire, et il prit les mesures pour parvenir à la purgation des hypothèques légales. Mais ce qu'il est essentiel de remarquer, c'est qu'il ne fit faire aucune notification à la femme. Il paraît qu'il le fit avec dessein, pour éviter la difficulté que j'ai déjà indiquée, et qu'on va voir bientôt se développer. Il n'y eut, dans les deux mois déterminés par la loi, inscription, ni de sa part, ni de la part de la femme. Mais celle-ci ayant une somme de 29,650 fr. à répéter en vertu de son hypothèque légale, il établit contre elle une procédure tendante à ce qu'elle fût tenue de comparaître à l'ordre, pour obtenir la collocation des sommes qui lui revenaient, et à ce que le montant de cette collocation lui fût délégué, pour l'indemniser des pertes qu'il devait éprouver, en payant deux fois le prix de son acquisition.

Ces conclusions furent accueillies : mais la femme ne comparut point à l'ordre. Alors l'acquéreur s'y présenta lui-même, et renouvela sa demande en collocation, comme exerçant les droits de sa débitrice. Les créanciers contestèrent cette demande; ils soutinrent que l'hypothèque légale était purgée par le silence de la femme dans les deux mois indiqués par la loi. La prétention des créanciers fut rejetée; mais en se pénétrant de l'arrêt, on voit que ce fut principalement parce que, d'après la procédure, il n'y avait pas eu de purgation d'hypothèque légale de la femme. Il ne lui avait point été fait de notification : il en avait bien été fait une au procureur du roi; mais une pareille notification ne pouvait suppléer à celle qui aurait dû être faite à la femme. En faisant les autres notifications, l'acquéreur pouvait avoir en vue de purger toutes hypothèques légales qui auraient pu exister, autres que celle de la femme qui lui avait vendu conjointement avec son mari. En ne faisant pas à la femme la notification exigée par la loi, *il ne l'avait pas mise en demeure de prendre inscription, et il avait laissé subsister tous les droits de cette femme sur l'immeuble qui lui était légalement hypothéqué*. En conséquence, il fut décidé que l'acquéreur pouvait recevoir le montant de l'hypothèque légale, comme aurait pu le faire la femme elle-même, si elle eût été en cause.

Les créanciers opposaient encore à l'acquéreur un autre moyen, qui consistait à dire que la femme, en vendant solidairement avec son mari, avait renoncé nécessairement à l'hypothèque qu'elle avait sur l'immeuble vendu; qu'elle l'avait fait d'une manière générale, et non d'une manière positive et formelle en faveur de l'acquéreur; et que, dès lors, celui-ci ne pouvait exercer des droits que sa débitrice ne pouvait faire valoir elle-même. Mais ce n'était là qu'un sophisme, et il était étonnant que ce moyen eût été adopté par la Cour royale, dont l'arrêt fut cassé. On sent avec combien de fondement ce moyen fut rejeté par la Cour de cassation. Suivant l'art. 1165 du Code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. La renonciation qui résultait de l'engagement de la femme à son hypothèque, ne pouvait, dès lors, profiter qu'à l'acquéreur; et elle était étrangère à tous autres créanciers.

Je dois observer ici que cette dernière réflexion s'appliquerait à tous autres engagemens de la femme dont j'ai déjà parlé, tel que celui qui résulterait de l'hypothèque qu'elle aurait consentie conjointement avec son mari, ou d'une subrogation qu'elle aurait faite au profit d'un créancier à son hypothèque légale.

259. On opposait encore à l'acquéreur dans l'espèce de ce même arrêt que je viens de rapporter, qu'il ne pouvait toucher le montant de l'hypothèque légale de la femme, dont il voulait exercer les droits, dès que celle-ci n'était pas séparée de biens; et l'arrêt de la Cour royale d'Amiens avait jugé que cette séparation devait être faite préalablement. La Cour de cassation décida le contraire, par un motif tranchant, qui est que le mari de

la femme qui s'était obligée avait fait faillite, et qu'aux termes de l'art. 1446 du Code civil, les créanciers personnels de la femme peuvent, quoiqu'elle ne soit pas séparée de biens, exercer les droits de leur débitrice, lorsqu'il y a, à l'égard du mari, *faillite ou déconfiture*.

Mais cette décision amène naturellement la question de savoir si, en général, dans la circonstance en question, la séparation de biens de la femme est nécessaire; car on sent qu'elle n'a pas été jugée par l'arrêt. Il en résulte seulement qu'il n'y avait pas lieu de l'élever, dès que, dans l'espèce particulière, le mari était en faillite. D'ailleurs, s'il n'y a pas de faillite ouverte, il peut y avoir *déconfiture*; et il est à propos de savoir ce qu'on doit entendre par cette expression, puisque la définition n'en est pas donnée dans le code.

Or, il est bien vrai qu'en général la femme qui n'est pas séparée de biens, ne peut pas exercer la répétition de sa dot contre le mari, parce que le droit d'en jouir est une émanation essentielle de l'autorité maritale, qui ne cesse que par la séparation de biens, ou par la dissolution du mariage. On sent encore les inconvéniens qu'il y aurait que des créanciers d'une femme pussent, sans son consentement, demander la séparation de biens. Cependant on peut dire, avec fondement, que tout cela n'a lieu que relativement aux simples actions de la femme débitrice contre le mari, pour faire prononcer sur ses droits contre celui-ci, et pour les faire déclarer acquis. Mais lorsque la femme s'est obligée avec le mari, d'après le pouvoir que lui en donne la loi, et lorsque les droits du mari sont ouverts et que le montant est prêt à en être touché, il y a lieu de penser qu'alors le créancier est fondé à le recevoir, abstraction faite de la séparation de biens. La femme et son mari sont coobligés solidaires; or, comment pourrait-il se faire que lorsqu'une liquidation de ce qui appartient à l'un d'eux est faite, et que tout est disposé pour ce qui en provient soit reçu, l'un des coobligés pût en empêcher le créancier commun? S'il en était autrement, il en résulterait que la femme, par son seul refus de demander la séparation de biens, arrêterait, au préjudice du créancier, l'exécution d'une convention que la loi aurait légitimée. Ainsi, les seules actions ne peuvent pas être intentées sans la séparation de biens; mais tous les droits acquis pourraient être exercés par les créanciers en recevant des sommes prêtes à toucher, quand même il n'y aurait ni faillite, ni déconfiture; et il me semble que c'est en ce sens que doit être entendu l'art. 1446.

Au surplus, il ne reste pas de difficulté quand il y a faillite ou déconfiture. J'ai expliqué au nº 123, les principes relatifs à la *déconfiture*; et de ce que j'ai dit, surtout d'après un arrêt de la Cour royale de Rennes, du 24 mars 1812, il y a *déconfiture*, ce qui n'est au fond qu'une insolvabilité apparente, lorsqu'il y a eu des saisies mobilières ou immobilières contre le mari débiteur. En sorte que quand il y a eu une saisie immobilière suivie d'un ordre, ou une vente suivie de la transcription, et d'enchères sur lesquelles un ordre s'ouvre, il y a *déconfiture*; et, par cela même, le prix de la vente ou de l'adjudication peut être reçu par le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme, sans qu'il y ait ni séparation de biens, ni faillite. Aussi est-il bien rare que, dans le cas dont il s'agit, la femme n'ait pas obtenu, dans son intérêt, la séparation de biens.

260. Un arrêt de la Cour de cassation, du 24 juillet 1821, rapporté par le continuateur de Denev., *même année, pag.* 449, a jugé deux questions dont une est très importante. Elle a décidé, 1º que la femme mariée sous le régime dotal a, tout à la fois, et l'action révocatoire contre les tiers acquéreurs de ses immeubles dotaux, et une hypothèque légale sur les biens de son mari; c'est-à-dire, que la femme peut, à son gré, opter entre l'une et l'autre de ces actions; 2º l'arrêt a jugé que la femme, lorsqu'elle opte pour l'action hypothécaire, peut se faire colloquer, même pendant le mariage, et encore qu'elle ne

soit pas séparée de biens, sur le prix provenu de l'expropriation des biens de son mari, poursuivie par les créanciers de celui-ci.

On ne doit pas négliger l'examen de la seconde question : mais la première présente un bien plus haut intérêt. Car, comme on le sent, la femme pouvant, selon sa volonté, convertir en argent ses immeubles dotaux, en les abandonnant, et en réclamant en remplacement le prix de la vente qui en aurait été consentie par le mari, ou seul, ou conjointement avec sa femme, la dotalité perd tout son caractère, elle est entièrement dénaturée. Les précautions sévères prises par la loi pour défendre l'aliénation des biens dotaux, afin de les conserver à la femme et aux enfans, deviennent inutiles. Les résultats de ce relâchement peuvent devenir funestes à la femme et aux enfans ; le sort des créanciers du mari est changé, et il peut l'être à leur détriment.

Cette question mérite donc une attention particulière. Ce n'est qu'à l'aide d'une discussion approfondie qu'on peut se former des idées justes sur le point de vue sous lequel elle doit être considérée. Mais avant d'entrer en matière, il faut nécessairement connaître les faits qui ont formé l'espèce de l'arrêt, et la décision.

Le 8 floréal an 9, la demoiselle *de Belloi* et le sieur *de Croy-Chanel* contractèrent mariage à Paris. Les parens de la future lui constituèrent en dot deux terres considérables. Par une clause du contrat, il fut convenu qu'il n'y aurait point de communauté de biens entre les futurs époux, qui renoncèrent, à cet égard, aux dispositions de la Coutume, et qui déclarèrent ne vouloir être réglés, quant à leur mariage, *que par les lois du pays de droit écrit.*

Pendant le mariage, le sieur de Croy-Chânel et son épouse aliénèrent conjointement une partie des biens dotaux de celle-ci, jusqu'à concurrence de 78,009 fr. Dans la suite, le sieur de Croy-Chanel fut exproprié du domaine de Treux qu'il avait acquis depuis son mariage. La dame de Croy-Chanel se présenta à l'ordre ouvert sur le prix de cet immeuble, et demanda à y être colloquée pour la somme de 78,009 fr., montant de ses biens dotaux aliénés.

Les créanciers hypothécaires du sieur Croy-Chanel contestèrent cette prétention, sur des motifs que le tribunal de Péronne accueillit par son jugement du 11 février 1819, et que l'auteur du recueil où l'arrêt est rapporté, atteste être ainsi conçus en substance :

« Attendu que la dame de Croy-Chanel s'est mariée sous le régime dotal ; que, suivant l'art. 1554 du Code civil, ses immeubles dotaux n'ont pu être aliénés ; que, cependant, elle en a vendu une partie conjointement avec son mari ; mais que l'art. 1560 donne à la femme qui est dans ce cas, ou à ses héritiers, le droit de révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage ou après la séparation de biens ; que cet article, ne lui donnant que ce droit, exclut toute autre action ; que si l'on admettait la femme qui se trouve dans la position de la dame Croy-Chanel, à être colloquée par hypothèque sur le prix des biens de son mari, il s'ensuivrait qu'elle abandonnerait des immeubles pour toucher une somme mobilière qu'elle pourrait ensuite dissiper, en qu'ainsi serait éludé et violé le principe de l'inaliénabilité de la dot, si formellement établi par l'article 1554 du Code civil. »

Sur l'appel de ce jugement de la part de la dame de Croy-Chanel, la Cour royale d'Amiens, par arrêt du 22 juin 1819, confirma le jugement, et rejeta, par conséquent, la demande en collocation de la dame de Croy-Chanel. Mais cette Cour ne se décida pas par les mêmes motifs qui avaient déterminé les premiers juges, ainsi qu'on va le voir.

« Attendu qu'il s'agit de savoir si la dame de Croy-Chanel a droit d'être colloquée, pour le montant de ventes de ses biens dotaux, sur le prix des biens de son mari qui ont été vendus par expropriation forcée ; attendu que le contrat de mariage des sieur et dame de Croy-Chanel, passé à Paris le 8 floréal an 9, contient la clause d'exclusion de communauté de biens et soumission aux règles du pays de droit

écrit, *mais qu'il n'en résulte point une séparation contractuelle entre les deux époux; que si la dame de Croy-Chanel a pris la qualité d'épouse séparée de biens dans les actes d'appel* qu'elle a fait signifier à ses adversaires, elle n'a pas néanmoins justifié qu'elle ait demandé ni obtenu la séparation de biens en justice; en sorte qu'elle ne peut être considérée ni comme séparée contractuellement, ni comme séparée par jugement d'avec son mari, qui l'a même assistée en la procédure, quoiqu'il y fût déjà partie en son propre nom, puisque c'était sur lui que l'expropriation avait été poursuivie; attendu que, selon le droit romain, la femme a une hypothèque tacite et légale sur les biens de son mari, pour sûreté et conservation de sa dot; que cette hypothèque a été consacrée et maintenue par l'art. 2135 du Code civil, sauf l'abolition du privilége que donnait à la femme la préférence même sur les créanciers antérieurs à la célébration du mariage; mais que la femme ne peut exercer et faire valoir cette hypothèque qu'après la dissolution du mariage, ou après qu'elle s'est fait séparer de biens d'avec son mari; qu'il n'est point douteux que les lois romaines accordaient à la femme le droit de répéter sa dot contre son mari, lorsque son indigence ou le désordre de ses affaires mettaient cette dot en péril; mais que, dans nos usages, il faut que la femme s'adresse préalablement aux tribunaux pour faire constater la nécessité d'ôter au mari l'administration de ses biens dotaux, et de rendre à la femme cette gestion avec la jouissance de ses revenus, opération qui était connue même dans le pays de droit écrit, sous le nom de *séparation de biens;* attendu, dans l'espèce, qu'il n'y a point eu de séparation contractuelle entre le sieur et dame de Croy-Chanel, et que celle-ci n'a point demandé ni obtenu la séparation de biens d'avec son mari; et que, par conséquent, elle est inhabile à exercer son hypothèque légale sur les biens de son mari, à l'effet de recouvrer sa dot ou la valeur des biens dotaux qui ont été aliénés pendant son mariage; d'où il suit que c'est avec raison que les premiers juges ont dit qu'il n'y avait lieu de colloquer la dame de Croy-Chanel dans l'ordre du prix de la terre de Treux. »

La dame de Croy-Chanel s'est pourvue en cassation contre la dernière disposition de cet arrêt, pour violation de la loi 39, au Code *de jure dotium*, et des articles 2121, 2135 et 2195 du Code civil: et sur ce pourvoi a été rendu l'arrêt de la Cour de cassation, section civile, dont les motifs doivent être connus pour être appréciés.

« Vu la loi 30, au Code *de jure dotium*, et les art. 2121, 2135 et 2195 du Code civil, la Cour donne défaut contre Roubaut et sa femme, et pour le profit d'icelui, faisant droit entre toutes les parties; — Considérant que, par leur contrat antinuptial du 8 floréal an 9, les mariés de Croy-Chanel ont stipulé que, quant à leur mariage, ils ne seraient réglés que par les lois du pays de droit écrit; que la loi romaine donne à la demanderesse, à raison de ses biens dotaux aliénés, *et l'action révocatoire desdits biens, et l'action hypothécaire sur les biens de son mari,* afin que, comme s'en explique cette loi, la demanderesse ait à ce sujet toutes les garanties possibles, *ut ei plenissimè consulatur;* que le Code civil, sous l'empire duquel la demanderesse a exercé son action hypothécaire, lui a lui-même conservé cette action de la manière la plus formelle. L'art. 2121 accorde à la femme le premier rang entre les hypothèques légales; l'art. 2135 fixe la date de l'hypothèque de la dot au jour même du mariage, et la dispense de l'inscription; l'article 2195 fait défense à l'acquéreur des biens du mari de faire aucun paiement à des créanciers qui n'auraient pas une hypothèque antérieure à celle que la femme aurait fait connaître lui appartenir. — Considérant que ces articles sont *communs aux femmes mariées sous le régime dotal, et à celles mariées en communauté,* le Code civil n'exprimant, n'indiquant même aucune distinction entre elles, respectivement aux hypothèques qu'il accorde aux femmes sur les biens de leurs maris; que

la femme qui se présente à un ordre ouvert sur le prix des biens de son mari, vendus par expropriation forcée, constate ses droits aussi légalement que celle qui s'inscrit après une vente volontaire, lorsque l'acquéreur, voulant purger, a instruit la femme personnellement de l'acquisition par lui faite, et a rempli toutes les formalités prescrites par l'art. 2194 du Code civil; que, dans l'un comme dans l'autre cas, aucun paiement ne peut être fait ni ordonné au profit de créanciers qui, n'ayant pas d'hypothèque antérieure à la sienne, ne peuvent être colloqués en ordre utile avant elle; que si les circonstances sont telles, que la femme ne puisse être actuellement autorisée à recevoir, ce n'est pas une raison pour ne pas la colloquer à son rang, et pour distribuer, à son préjudice, entre des créanciers postérieurs, les fonds sur lesquels elle doit être préférée, qu'alors c'est aux tribunaux, après avoir colloqué la femme au rang que la loi lui assigne, à pourvoir à ce que les fonds lui soient conservés, jusqu'à l'instant où elle pourra les recevoir et en donner quittance valable, soit en autorisant l'acquéreur à les retenir dans ses mains, soit en ordonnant tout autre emploi qui mette en sûreté la créance de ladite femme. — De tout quoi il résulte que l'arrêt de la Cour royale d'Amiens, qui a refusé de colloquer la demanderesse, et qui a approuvé la distribution du prix de l'immeuble vendu sur son mari entre des créanciers qu'elle prime par l'antériorité de son hypothèque, est contrevenu aux lois précédemment citées; — Par ces motifs, *casse.* »

Je ne crois pas que je puisse être soupçonné de vouloir, par présomption ou par manie, combattre un arrêt de la Cour de cassation. J'ai eu trop souvent l'occasion, dans le cours de ce Traité, de faire remarquer la sagesse de ses décisions, pour qu'on ne me suppose pas un motif vraiment pur. Je vois dans cet arrêt le germe d'une jurisprudence qui, si elle se formait dans cette direction, amènerait des conséquences contraires au vœu de la loi sur la matière des dots, qui est une des plus importantes. Ces conséquences tendraient à éluder l'intention des pères, et causeraient, au moins très souvent, le malheur des familles. Je serai satisfait si je suis obligé de reconnaître que je me trompe, lorsque j'aurai rempli ce que je crois être un devoir, c'est-à-dire, lorsque j'aurai présenté des observations dont l'utilité me paraît évidente.

La question principale est de savoir si une femme qui est mariée sous le régime dotal peut, avec effet, et sans que la loi soit blessée, renoncer à la revendication de ses immeubles dotaux vendus par son mari, ou par elle et par lui conjointement, pour se tenir au prix de la vente sur les biens personnels du mari. La question est la même, soit que le contrat de mariage ait été passé sous le Code civil, soit qu'il l'ait été sous les lois précédentes, tel que celui dont il s'agit. Cette circonstance ne produit aucune différence dans les principes. Il est constant que la loi sous laquelle les anciens mariages ont été contractés, est toujours la loi du mariage, et qu'elle ne doit point cesser de régler leurs droits et leurs conventions. C'est ce que j'ai fait observer plusieurs fois, et la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts dans la supposition de ce principe. Il y a cependant quelques cas particuliers dans lesquels ce principe serait susceptible de modifications, d'après les dispositions du Code civil; mais on n'est point ici dans ces cas d'exceptions.

La seconde question, qui consiste à savoir si la femme, sans être séparée de biens, peut agir contre son mari ou contre des tiers, pour la recherche de ses droits dotaux, est purement accessoire à la première; elle peut même disparaître, selon la décision de la première question; en sorte que je n'aurai qu'à en dire un mot.

Or, relativement à la première question, la négative m'en paraît indubitable. Je ne crains pas d'avancer, comme un principe constant, que dans les pays de droit écrit, et d'après la disposition précise des lois romaines, les immeubles dotaux étaient absolument inaliénables; en

sorte qu'il ne dépendait, ni de la volonté du mari, ni de celle de la femme, de les vendre, de les convertir en une somme qui eût pu être répétée sur les biens personnels du mari. Le principe de l'inaliénabilité produisait cet effet, que la femme était toujours forcée de conserver ses biens en nature, qui formaient, pour sa subsistance et pour celle de ses enfans, une ressource bien plus solide que celle qui serait résultée de sommes toujours fugitives, provenues du prix des ventes. Il ne pouvait y avoir une dérogation à ce principe, que d'après des clauses, des stipulations particulières. Ces stipulations qui auraient formé une loi de convention, qui auraient été l'effet de la volonté et de l'intention des familles, auraient seules pu modifier la loi statutaire.

Peut-on établir le contraire de ce qui vient d'être dit, en invoquant la loi 30, au Code *de jure dotium*, qui est le principal fondement de l'arrêt? On est convaincu que non, pour peu qu'on se pénètre de la disposition et de l'esprit de cette loi, et surtout quand on en rapprochera d'autres dans lesquelles est le véritable siége de la matière.

Il faut observer qu'en remontant aux plus anciens principes du droit romain, le mari était réputé maître des biens dotaux, parce que la femme les lui livrait. C'était cette présomption, ou, pour mieux dire, cette fiction, qui était alors le principe de l'interdiction de les aliéner de la part de la femme. Cette interdiction était plus dans l'intérêt du mari que dans celui de la femme. C'est seulement dans la suite que les législateurs romains ont été touchés de l'intérêt particulier de la femme et de ses enfans.

On doit remarquer encore que, suivant d'anciennes idées admises dans le droit romain, quand les biens dotaux, soit meubles, soit immeubles, étaient estimés lors des conventions matrimoniales, cette estimation en conférait la propriété au mari qui n'en devait que le prix.

C'est dans cet état de choses que l'empereur Justinien fit la loi 30, au Code *de jure dotium*. On y voit que c'était par l'effet d'une subtilité du droit que le mari avait été réputé maître de la dot. On y considère, sous le même point de vue, la transmission de la propriété, au mari par l'effet de l'estimation des biens dotaux. On y reconnaît que, dans la vérité et dans les principes du droit naturel la propriété de la dot devait demeurer à la femme. Cependant, on prévoit le cas où la femme ne voudrait ou ne pourrait revendiquer ses biens dotaux; et comme elle devait avoir au moins une hypothèque sur ces mêmes biens, en considérant le mari comme en étant propriétaire, on voulut que si elle ne revendiquait pas les biens, elle pût au moins exercer une hypothèque, pour le prix de l'estimation, sur ces mêmes biens; en sorte qu'on crut la favoriser en lui accordant ou la faculté de la revendication, ou celle de l'exercice de l'hypothèque. La faculté d'exercer l'hypothèque, ainsi que celle de revendiquer, eut lieu pour les meubles comme pour les immeubles parce que, suivant les principes du droit romain, l'hypothèque s'imprimait également sur les meubles et sur les immeubles.

Rapportons les termes de cette loi.

« *In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen exstant, sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare*, CUM EÆDEM RES ET AB INITIO UXORIS FUERINT, ET NATURALITER IN EJUS PERMANSERINT DOMINIO. *Nom enim quòd* LEGUM SUBTILITATE *transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri; ideò* REI VERITAS DELETA VEL CONFUSA EST. *Volumus itaque eam in rem actionem in hujus modi rebus quasi propriis habere : et hypothecariam omnibus anteriorem possidere : ut sive* EX NATURALI JURE *ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive* SECUNDUM LEGUM SUBTILITATEM *ad mariti substantiam pervenisse videantur*, PER UTRAMQUE VIAM, SIVE IN REM, SIVE HYPOTHECARIAM, EI PLENISSIMÈ CONSULATUR. »

Mais cette loi, qui n'avait aucune fixité de principes sur le mode de conservation des biens dotaux de la femme, fut corrigée, ou, pour mieux dire, entièrement changée par la loi unique, au Code *de rei uxor. act.*, dont Justinien est aussi l'auteur. On y rappelle les anciennes lois sur cette matière, ainsi que la loi *Julia*, dont l'empereur Auguste était auteur. On sait qu'elle n'est connue que par la mention qui en est faite dans plusieurs textes du droit romain. On sait encore que, d'après cette loi *Julia*, le mari pouvait vendre le bien dotal, pourvu que la femme y consentît; mais que, dans aucun cas, même avec le consentement de la femme, le bien dotal ne pouvait être valablement hypothéqué. La cause de cette différence est que la femme eût moins aperçu le danger de l'hypothèque que celui de la vente, la première ne présentant pas, comme la seconde, l'idée effrayante d'un dépouillement. Justinien refondit toute cette ancienne législation en une seule disposition, dans la loi unique, au Code *de rei ux.*, § 15. Il voulut que le bien dotal ne pût ni être vendu, ni être hypothéqué, même avec le consentement de la femme. « *Necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire: hoc tantùm modo addito, ut fundum dotalem non solùm hypothecæ titulo dare, nec, consentiente muliere, maritus possit*, SED NEC ALIENARE, *ne, frangilitate naturæ suæ, in repentinam deducatur inopiam.* »

Justinien laissa néanmoins subsister, dans la même loi, les anciennes subtilités du droit romain, relativement au cas où les biens dotaux auraient été estimés. Mais ceci est étranger à la question, et même au droit français actuel, d'après les art. 1551 et 1552 du Code civil. Ces articles ont eu pour objet d'effacer ces distinctions qui ont été le sujet de tant de difficultés et de divergences d'opinions dans l'ancienne jurisprudence, et dont la subtilité était même reconnue par la loi 30, *de jure dotium*.

C'est dans cette loi unique, au Code *de rei ux. act.*, qu'est le principe bien positif de l'inaliénabilité absolue des biens dotaux, même du consentement de la femme. Tel est le jugement qu'en portent tous les interprètes du droit. Borcholten, en citant cette loi, sur le § 1er du tit. 8 des Institutes, dit : *Cæterum, Justinianus legem Juliam correxit, ... et alienationem, itemque obligationem*, ETIAM CONSENTIENTIBUS MULIERIBUS PROHIBUIT. Vinnius, sur ce même §, tient le même langage : *Justinianus prædium dotale, nullâ in regione*, NE EX VOLUNTATE QUIDEM UXORIS, *vel alienari vel pignerari permisit, ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam*, § *et cùm lex*, Code *de rei ux. act.; ad exemplum dotis, immobilia ante nuptialis donationis*, ETIAM CONSENTIENTE MULIERE, *prohibentur alienari*. Nov. 61.

Tel est le dernier état de la législation romaine sur cette matière, et il en résulte que l'on ne peut prendre en considération la loi 30, au Code *de jure dotium*, qui est devenue absolument étrangère à la question.

C'est parce que, d'après la législation romaine, le bien dotal était absolument inaliénable, même avec le consentement de la femme, que les Coutumes qui en avaient adopté, à cet égard, les dispositions, en prohibent la vente, dans les termes les plus forts. C'est ce qu'on voit dans la Coutume d'Auvergne, qui est de ce nombre, art. 3 du tit. 14. « Le mari et femme, y est-il dit, conjointement ou séparément, constant le mariage ou fiançailles, ne peuvent vendre, aliéner, permuter, ni autrement disposer des biens dotaux de ladite femme, au préjudice d'icelle, et sont telles dispositions et aliénations *nulles et de nul effet et valeur.* » Aussi Basmaison, un des plus anciens et des plus savans commentateurs de cette Coutume, disait : « La loi ancienne, qui avait été faite pour prohiber l'aliénation du bien dotal, est renouvelée et confirmée par cette Coutume. » On voit, en marge du commentaire, la loi unique, § *cùm et lex*, au Code *de rei uxor. act.*, et le § 1er des Institutes, *quibus alienare licet vel non*, comme étant les sources dans lesquelles son assertion était puisée.

Supposons que la question s'élevât pour une femme mariée sous l'empire de cette Coutume, ou de toutes autres Coutumes semblables (car il y en a plusieurs qui sont conçues dans le même esprit); croirait-on que cette femme pût prendre le même parti que prit la dame de Croy-Chanel? Il est aisé de prévoir ce qu'on pourrait en penser. Cependant ce qui devrait être décidé dans un cas, devrait l'être également dans l'autre. Les principes établis par ces Coutumes sont les mêmes que ceux consacrés par la loi unique au Code *de rei ux. act.* Les termes irritans des Coutumes ne sont qu'une conséquence surabondante de la disposition principale.

Je puis remarquer qu'il y a plus de quarante ans que j'ai vu mettre en controverse, et à plusieurs reprises, la question dont il s'agit, au barreau de l'ancienne sénéchaussée d'Auvergne et siége présidial de Riom, soit pour les pays de la province d'Auvergne, regis par la Coutume, soit pour les pays de la même province, qui étaient régis par le droit écrit; et, à chaque fois, les jurisconsultes les plus distingués de cet ancien barreau justement célèbre, se prononçaient avec force pour la négative. S'il eût été permis à la femme, disait-on, d'abandonner ses immeubles dotaux vendus par son mari, ou par elle avec lui, pour s'en tenir au prix des ventes, c'eût été violer le statut qui établissait la dotalité et l'inaliénabilité; c'eût été tirer la femme de la position où la loi l'avait placée, et où elle l'obligeait de rester. Son sort en serait absolument changé; elle courrait le risque de dissiper sa fortune, qui était sous la protection de la loi, et qui, d'après le vœu de sa famille, devait être nécessairement conservée en demeurant en immeubles, telle qu'elle était; c'eût été faire passer la femme du régime dotal à celui de la communauté, sans avoir les avantages de ce dernier régime, puisqu'elle ne pouvait participer aux acquêts que le mari aurait pu faire. De combien de fraudes encore la femme ne pourrait-elle pas devenir victime? Ses biens pourraient avoir été vendus à bas prix; il pourrait y avoir eu des contre-lettres pour dissimuler le prix véritable; et la femme, étant sous la dépendance du mari, ne pourrait éviter les pertes que celui-ci voudrait lui faire subir, pour s'enrichir d'autant.

Voudrait-on dire que tout devient régulier lorsque la justice autorise le choix que fait la femme d'un prix quelconque, en remplacement des immeubles dotaux? Mais c'est positivement ce que la justice ne peut, ni ne doit autoriser. La convention que la femme ne pourrait faire pardevant notaire, elle ne peut pas plus la faire devant un tribunal : elle doit être forcée par la justice même à se tenir à ses biens dotaux en nature. Ces biens peuvent être aliénés, mais dans des cas d'exception indiqués par la loi, et avec des formes tutélaires qu'elle prescrit.

Mais en considérant la position des créanciers du mari, surtout sous un régime de publicité de l'hypothèque, l'on voit augmenter les inconvéniens qui résulteraient d'un changement de l'état où la femme se trouve placée par loi ou par les conventions matrimoniales. Des tiers qui transigent avec le mari, et qui savent que la dot de la femme consiste en immeubles, n'ont rien à redouter de ses réclamations sur les biens du mari. Cependant, surtout si la vente de ces immeubles ne se fait qu'après, il peut en résulter, dans le système de l'arrêt de la Cour de cassation, une hypothèque légale en faveur de la femme sur les biens du mari, qui se trouvera antérieure aux engagemens contractés par celui-ci à l'égard des tiers; car on entend bien, sans doute, que la femme doit avoir une hypothèque légale, à compter de son contrat de mariage, sur les biens du mari, pour la répétition du prix de ses biens vendus. Or, quelle ressource auraient les tiers pour la validité des obligations contractée envers eux par le mari? Les hypothèques qu'ils auraient sur les biens de ce dernier seraient primées par celle de la femme, sur laquelle on ne comptait pas; et ces mêmes hypothèques ne pourraient être transportées sur les biens dotaux vendus, qui

n'avaient été ni pu être hypothéqués par le mari, et à l'égard desquels il n'y aurait ni hypothèque spéciale, ni même hypothèque judiciaire. On ne conçoit pas facilement l'idée d'une subrogation en faveur des créanciers, aux droits de la femme sur les biens dotaux vendus; et pourraient-ils y venir dans le même rang d'hypothèque qui existait sur les biens personnels du mari?

Venons aux art. 2121, 2135 et 2195 du Code civil, invoqués dans l'arrêt de la Cour de cassation. Ici se présente une réflexion bien simple, c'est qu'il est évident que ces articles s'appliquent seulement au cas de l'hypothèque légale que la femme exerce sur les biens du mari, pour sa dot mobilière. Or, on ne peut saisir aucun point de comparaison entre une hypothèque légale pour raison de sommes dotales, et un droit de propriété d'immeubles dotaux, dont la femme ne peut jamais être dessaisie, même de son consentement; autrement on renverserait le système et les principes de la dotalité.

Ces principes ne sont pas consacrés par les articles ci-dessus cités; ils le sont par l'art. 1554 : « Les immeubles, y est-il dit, constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent. » Ces exceptions sont indifférentes pour la discussion de la question. On voit que cet article a pour règle les principes mêmes établis par la loi unique, au Code *de rei ux. act.*

Vainement dirait-on qu'il suffit que les tribunaux prennent, pour la conservation des sommes qui doivent revenir à la femme, des précautions telles que celles qui ont été prises par l'arrêt. Mais il est sensible que rien ne peut suppléer à l'existence des immeubles dotaux en nature, qu'on ferait disparaître. Ce serait transformer une dot immobilière en une dot mobilière; et c'est positivement ce que la loi ne permet pas. Ces précautions sont utiles, sans doute, et la justice agit sagement en suppléant, à cet égard, au silence de la loi; mais ce ne peut être que lorsqu'il s'agit de sommes mobilières dotales que la femme doit toucher, et quand elle est séparée de biens [1]; au lieu que les immeubles dotaux restans, et tous les droits de la femme, qui ne peuvent changer de nature, résident dans l'exercice de la revendication de ces immeubles, ou après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens.

On ne saurait être touché de ce que l'on pourrait dire que la femme aurait souvent plus d'avantage à se tenir au prix de la vente de ses immeubles, qu'à en revendiquer la propriété; que cela arriverait si l'acquéreur les avait considérablement dégradés, ou s'il y avait fait des améliorations considérables qu'il faudrait rembourser, ce que quelquefois la femme ne pourrait pas faire.

Ce sont là des cas particuliers, et je discute la question en thèse générale. Au surplus, si ces cas particuliers arrivaient, la femme devrait recourir à la justice, qui surveillerait ses démarches; ce qu'elle ne pourrait cependant faire qu'autant qu'elle serait séparée de biens. Mais il sera toujours contraire à la loi, que la femme puisse, seule, arbitrairement, et étant en puissance de mari, convertir ses immeubles en une somme d'argent.

Quant à la seconde question, il est sans difficulté, en thèse générale, que la femme, du vivant du mari, ne peut, sans être séparée de biens, rechercher ses droits dotaux, soit contre le mari même, soit contre des tiers. Cet ancien principe est attesté par le célèbre Dumoulin, sur l'art. 4 de la Coutume d'Auvergne. Il suppose que la femme soit séparée : *quid? si mulier separetur à viro:* et il dit qu'alors elle peut recourir à sa dot; *et statim ad dotem agere potest, etiam vivo marito, idem de civili morte mariti.* Il se fonde sur la loi *Adhuc*, au Code *de jure dotium.* Coquille, dans sa 105e question sur les articles des Coutumes, un des ouvrages les plus substantiels sur le droit français, établit amplement le principe. Il y en a deux raisons; l'une se tire du respect dû

[1] Voyez ce que je dis sur cette mesure, au n° 33.

par la femme à l'autorité maritale; l'autre, de ce que la loi attribue au mari l'usufruit des biens de sa femme, et que cet usufruit ne peut lui être retiré que par la séparation de biens ordonnée en justice. Tout cela est devenu une maxime générale en France, et cette maxime est confirmée par l'article 1560 du Code civil.

Mais la Cour de cassation n'a pas jugé le contraire; et cela même ne se présumera jamais. Elle a seulement pensé que, d'après la position particulière de la dame de Croy-Chanel, dès qu'il s'agissait d'un acte purement conservatoire de sa part, elle avait pu agir, quoiqu'elle ne fût pas séparée de biens; et en cela elle a rejeté la décision de la Cour royale d'Amiens, qui s'était prononcée uniquement par la fin de non-recevoir. Elle a encore indiqué des mesures de sûreté en faveur de la femme, par le placement des deniers. Mais il reste toujours la difficulté sur le fond de la question: elle consistait à savoir si la femme qui est dans la position où se trouvait la dame de Croy-Chanel, pouvait arbitrairement convertir sa dot immobilière en une somme d'argent. La négative résulte de la décision du tribunal de Péronne. Ce tribunal a vraiment statué sur la difficulté telle qu'elle se présentait, et dans son ensemble. Il a jugé que la prétention de la dame de Croy-Chanel était repoussée par les principes du droit. Il se tire de son jugement la conséquence qu'on devait juger ainsi, soit que cette dame eût été séparée de biens, soit qu'elle ne le fût pas. Cette décision est-elle juridique? Je le pense

261. J'ai déjà dit qu'en général la capacité des femmes mariées sous l'ancienne législation, quant aux obligations ou aliénations qu'elles peuvent consentir, est subordonnée aux lois sous lesquelles elles se sont mariées, qui sont celles de leur domicile, ou à toutes autres lois particulières qu'elles auraient choisies par leur contrat de mariage. La question que je viens de traiter dans le n° précédent, offre un exemple de ce dernier cas. Ces lois peuvent être en opposition sur plusieurs points avec le Code civil; mais elles n'ont pas moins dû continuer d'être la règle des engagemens que les femmes ont pu contracter pendant la durée du mariage, sans quoi on donnerait un effet retroactif aux lois nouvelles. Cet effet rétroactif serait toujours réputé être nuisible aux femmes, même quand les lois nouvelles augmenteraient, ou leur donneraient une liberté dont elles étaient privées par les lois qui devaient régir leur mariage, ou par les conventions qui en tenaient lieu. L'application de ce principe paraît simple; et cependant elle rencontre des difficultés qu'il est dispensable de connaître.

Il faut distinguer les lois ou les Coutumes qui auraient prononcé contre la femme la prohibition absolue d'obliger ou de vendre ses biens dotaux, de celles qui lui auraient permis les obligations ou les ventes, mais sous des conditions particulières qui dussent lui procurer un recours ou une indemnité sur les biens du mari, avec hypothèque, en remontant au mariage.

Dans le premier cas, la prohibition de s'obliger ou de vendre, dure contre la femme pendant tout le temps du mariage. Cette prohibition n'est modifiée, ni dans sa durée, ni autrement, par les dispositions du Code civil, qui pourraient être contraires. On en sent facilement la raison. La loi qui a dû régir le mariage conserve son empire jusqu'à ce que le mariage soit dissout: elle n'a pu recevoir d'atteinte par une loi nouvelle que l'on rendrait rétroactive. C'est dans ces idées que la Cour royale de Paris a rendu un arrêt du 1er juillet 1809. Dans l'espèce de cet arrêt, une femme s'était mariée en 1788; elle s'était constituée en dot tous ses biens présens et à venir, et le mariage avait été contracté dans un pays régi par les lois romaines qui, comme on sait, défendaient absolument toute obligation et aliénation des biens dotaux. Dans la suite, le mari souscrivit une obligation en faveur d'un tiers, sous l'empire du Code civil, et la fit souscrire solidairement par sa femme. Celle-ci prit une inscription hypothécaire pour ses biens dotaux, sur un immeuble appartenant au mari. Le créancier enga-

gea la femme à lui céder son droit de priorité sur cet immeuble, ce qui fut fait avec le consentement du mari. Lorsqu'on vint à l'ordre sur le prix de la vente de l'immeuble, le créancier demanda à être colloqué comme cessionnaire de la femme; celle-ci s'y opposa, et soutint qu'en abandonnant son droit de priorité d'hypothèque, elle avait fait une aliénation prohibée par les lois romaines, sous l'empire desquelles elle s'était mariée. Le créancier, pour combattre cette prétention, disait que le Code civil ayant abrogé ces lois, les actes dont il s'agit étant postérieurs à ce Code, l'abandon qu'il contenait était valable. Il ajoutait qu'une simple renonciation à un acte conservatoire, que la femme pouvait négliger, ne constituait pas une véritable aliénation.

La Cour royale confirma un jugement du tribunal civil de Versailles, qui avait adjugé les conclusions de la femme. Les motifs de l'arrêt sont que les époux, en se mariant, avaient réglé les conventions civiles de leur mariage, conformément au droit écrit; que, dès lors, tout ce qui avait été apporté par la femme, ou qui lui était échu, avait été constitué inaliénable, *pendant toute la durée du mariage;* que l'abrogation faite par le Code civil de toutes les lois romaines, ne peut *changer la nature des biens dotaux fixée par les contrats de mariage antérieurs;* qu'en abrogeant les sénatus-consultes *velléien*, le Code civil a seulement donné la capacité aux femmes de cautionner et de s'obliger sur les biens *non dotaux* et *disponibles au jour des obligations.* Enfin, l'arrêt contient un dernier motif qui doit être remarqué; c'est que la *cession de priorité d'hypothèque* faite pour les obligations de la femme, était une véritable aliénation de sa dot.

En conséquence des mêmes principes, une femme mariée en pays de droit écrit, ou sous une Coutume qui, comme les lois romaines, prohibait absolument l'aliénation du bien dotal, ne pourrait vendre un bien de cette nature, même sous le Code civil, et pendant la durée de son mariage. Un arrêt de la Cour royale de Rouen, du 21 avril 1809, l'a ainsi jugé. Il s'agissait de la vente faite par une femme, conjointement avec son mari, sous le Code civil, de plusieurs immeubles qui lui étaient échus par succession avant ce Code, et qui étaient régis par la Coutume de Normandie. Quoique ces biens ne lui fussent pas dotaux, ils lui étaient néanmoins propres personnels. Il résultait de l'art. 542 de cette Coutume, que les deniers de la vente n'ayant point été convertis au profit de la femme, elle avait une hypothèque, pour sa récompense, sur les biens du mari, à compter de l'aliénation seulement; mais en cas d'insolvabilité du mari, elle avait un recours subsidiaire contre le détenteur des biens. Elle exerçait ce recours. L'acquéreur le contestait, sur le fondement que la vente avait eu lieu sous l'empire du Code civil, et que ce Code avait aboli le statut normand, prohibitif de l'aliénation des propres. L'arrêt proscrivit ce moyen, sur le fondement que les contrats de mariage faits antérieurement au Code civil se *régissaient par la loi vivante au temps de leur confection.* Il faut remarquer qu'il ne s'agissait pas d'une hypothèque exercée par la femme sur les biens du mari, en remontant à l'époque de l'aliénation, mais bien de la revendication d'une propriété, d'après la nullité de la vente qui en avait été faite; en sorte que la question de rétroactivité d'hypothèque en faveur de la femme, sur les biens du mari, contre la disposition de l'art. 2135, que j'ai traitée au nº 241, ne se présentait pas. Aussi, un des motifs de l'arrêt porte : « Qu'ainsi et vu ce qui résulte de l'art. 542 de la Coutume, lequel, *sauf le droit d'hypothèque dont il ne s'agit pas ici*, est en plein contraste avec les art. 539 et 540, concernant l'aliénation des immeubles dotaux, etc. » Sur ces deux arrêts, Voyez *Dener., an* 1809, *pag.* 164, *suppl.*

On sent qu'il s'agit là du régime dotal; et il n'en était pas de même, en général, dans les Coutumes de communauté, où la femme pouvait s'obliger et même vendre avec l'autorisation de son mari. C'est aussi principalement sur ces Coutumes que je me suis expliqué dans les nos précédens. Cependant, sur certains droits de la

femme, quelques-unes de ces Coutumes restreignent sa liberté autant que le droit romain, quant aux obligations et aux aliénations; et alors on sent qu'on devrait se régler par les mêmes principes.

Je passe au second cas que j'ai déjà indiqué, qui est celui où les lois ou Coutumes anciennes ne porteraient pas une prohibition aussi positive et absolue, où elles permettraient à la femme de s'obliger ou de vendre, mais sous des conditions particulières, dont l'objet était d'assurer à la femme une récompense sur les biens du mari, avec hypothèque, en remontant au mariage. On sent la différence essentielle qu'il y a entre ce cas et celui d'une prohibition absolue de s'obliger ou de vendre. Dans ce dernier cas, les actes sont nuls pendant toute la durée du mariage; dans le premier cas, la capacité de la femme a dû également durer pendant tout le temps du mariage, et par une identité de principes, de la même manière dont elle était réglée par la loi sous laquelle la femme s'est mariée.

Mais cette capacité reçoit, dans ce même cas, une modification importante. Cette modification est relative à la date de l'hypothèque de la femme sur les biens du mari, pour les indemnités et remplois résultans des obligations et des ventes qu'elle a consenties sous l'empire du Code civil. Si l'ancienne loi donnait à la femme une hypothèque pour ces indemnités ou remplois, à compter du mariage, cette même hypothèque, par cela seul que les obligations ou ventes auraient été faites sous le Code civil, devrait être restreinte à la date des obligations ou des ventes. Ceci rentre dans les principes que j'ai exposés en expliquant l'art. 2135 du Code civil, et notamment aux nos 240 et 241. L'attention qu'on doit principalement porter sur des questions de cette nature, est de maintenir la loi ancienne de manière à la concilier avec la loi nouvelle, sans qu'il y ait rétroactivité.

Nous nous sommes expliqués, au n° 241, sur la question de savoir si la femme qui s'oblige ou qui vend, sous le régime de la communauté, doit, ou non, avoir une hypothèque pour ses indemnités, à compter de l'obligation ou de la vente; ou si elle peut faire remonter son hypothèque à la date du mariage, par la circonstance que l'hypothèque, à cette date, résulterait de la loi sous laquelle elle se serait mariée, ou des conventions stipulées dans son contrat de mariage. Ce n'est qu'après que le n° 241 et plusieurs des nos suivans ont été imprimés, que nous avons pu connaître deux arrêts contraires à l'opinion que nous avons cru devoir adopter. L'un est de la Cour royale de Metz, du 18 juillet 1820; l'autre de la Cour royale de Colmar, du 14 mai 1821. Ils sont rapportés par les continuateurs de Denevers, *an* 1822, *pag.* 43 *et suiv., au suppl.* Les questions que nous traitons au présent n° étant analogues à celles qui font l'objet du n° 241, nous profitons de cette circonstance pour présenter quelques observations sur les arrêts que nous venons d'indiquer.

Les décisions de ces deux arrêts ne sauraient, à notre avis, déterminer une opinion différente de celle que nous avons cru devoir admettre au n° 241. Les motifs sur lesquels elles sont fondées nous paraissent peu décisifs, et les véritables raisons qui doivent faire juger différemment, n'y sont pas touchées.

L'arrêt de la Cour royale de Metz donnerait à entendre que l'art. 2135 du Code civil doit être étranger aux femmes mariées avant le Code civil, et qu'il a seulement dû concerner les femmes mariées postérieurement à ce Code. « Attendu, y est-il dit, que si, d'après un des paragraphes de l'art. 2135, l'hypothèque des femmes sur les biens de leurs maris, pour l'indemnité de leurs propres aliénés et des dettes contractées pendant la communauté, date du jour des aliénations ou des engagemens, et non du jour du mariage, *cette disposition ne statue que pour l'avenir, à l'égard des femmes mariées depuis la publication du Code, et qu'à l'égard des autres, mariées antérieurement, leurs droits sont réglés par leurs contrats et par les lois anciennes,* etc. »

Mais il est hors de doute que l'art. 2135,

dans l'ensemble de ses dispositions, a dû regarder les femmes mariées avant le Code civil, comme celles qui ne se marieraient qu'après; et cette opinion est favorable aux femmes mariées avant le Code, sous des rapports infiniment essentiels. Nous l'avons démontré dans le n° 238, d'après des raisonnemens et des autorités également irrésistibles. Qu'on remarque encore ce motif de l'arrêt de la Cour de cassation, du 7 mai 1816, que l'obligation consentie par la femme mariée avant la publication du Code civil, et sur laquelle se fondait un particulier subrogé à ses droits, *était postérieure à la promulgation du Code, et ne pouvait être régie que par la disposition de l'art.* 2135.

On lit dans les motifs de l'arrêt de la Cour royale de Colmar, que « le droit qui les prive (les créanciers du mari antérieurs à la vente ou à l'obligation faite sous le Code civil) de leurs créances était le droit commun de la France; que ce droit, *tout injuste qu'il a pu être*, n'a été abrogé que *pour l'avenir.* »

Mais il y a là une énonciation vague, qui ne présente pas une idée fixe. Comment cette abrogation s'est-elle faite *pour l'avenir?* C'est encore s'expliquer dans le sens que l'art. 2135 est étranger, au moins en cette partie, aux femmes mariées avant le Code civil : mais c'est ce qui n'est certainement pas exact. Dès qu'il est constant que l'art. 2135 a eu pour objet, dans son ensemble, soit les femmes mariées avant le Code civil, même avant la loi de brumaire, soit celles qui le seraient après le Code civil, on ne peut pas syncoper, dans l'esprit du législateur, la disposition de cet article; on ne peut pas en prendre ce qui serait en faveur des femmes, et écarter une disposition qui règle leurs droits d'une manière différente que la législation ancienne, lorsque cette disposition est appliquée de manière à éloigner tout effet rétroactif.

On n'a jamais pu appeler *droit commun de la France*, une jurisprudence particulière au parlement de Paris, qui fut repoussée en Bretagne et modifiée en Normandie; une jurisprudence qui, dès le premier instant où elle se forma au parlement même de Paris, excita les plus vives réclamations de la part des magistrats et des jurisconsultes qui tenaient fortement aux vrais principes, et qui en prévoyaient les suites désastreuses; qui se trouva d'abord en contradiction avec la jurisprudence du grand conseil; qui donna lieu à des plaintes adressées au conseil du souverain, mais qui devinrent inutiles, parce qu'il fallut se soumettre à une autorité qui ne pouvait être vaincue que par une loi qu'il était difficile d'obtenir. Tel est le tableau énergiquement présenté par Mornac, sur la loi 9, ff. *qui pot.*, que je n'ai fait qu'indiquer au n° 227.

Je ne rapporterai qu'une partie du passage de cet auteur, qui est celle où il s'explique sur la sensation que fit la préférence accordée à la femme, par l'arrêt du parlement du 17 mars 1608, sur les créanciers du mari, antérieurs à l'obligation. *Quàm perniciosi exempli prœlationem merito dixerunt paulò post patroni consultissimi. Inventam enim esse deinceps hanc viam quâ* PERDITUS QUIVIS, AUDAXQUE FRAUDATOR, ET ERGOLABUS *periculum creare possit amicis fidejussoribus qui, quid inter eum et uxorem contractu arcano con convenerit, nesciant.*

L'abus était criant : le législateur le réforme : sa volonté est impuissante pour le passé; mais l'est-elle pour l'avenir? Lorsqu'il n'y a aucun droit acquis à la femme dont elle puisse être dépouillée, peut-elle commettre l'abus contre lequel le législateur s'est élevé? peut-elle le commettre en fraude et au préjudice des créanciers du mari, qui ont une hypothèque antérieure à l'acte abusif qu'elle voudrait se permettre, et qui est certainement proscrit pour l'avenir? Sans doute, elle peut s'obliger ou vendre avec son mari, sous le Code civil; mais alors elle ne doit espérer qu'une hypothèque sur les biens que le mari possède lors de la vente ou de l'obligation, ou sur ceux qu'il aura dans la suite : mais tout retour lui est interdit sur les biens antérieurement hypothéqués. S'il en était autrement, ce

serait admettre qu'un individu aurait le pouvoir de créer une fraude et d'en profiter au détriment de créanciers légitimes déjà nantis d'une hypothèque. Ces créanciers, avant la loi nouvelle, couraient la chance de perdre leur hypothèque par l'effet d'un abus. Cette loi nouvelle fait disparaître cette chance en proscrivant l'abus. Et on voudrait que la femme, plus forte que la loi à laquelle elle conviendrait, fît perdre ces hypothèques anciennes, ce qui ne pourrait se faire que dans la vue de favoriser le mari, qui par ce moyen, emprunterait des prix de vente aux dépens de ses propres créanciers! Il est difficile de se rendre à cette idée [1].

262. Mais il se présente encore d'autres questions, relativement à l'opposition qui se trouve, sur cette matière, entre les lois anciennes et la législation nouvelle. D'après la diversité qui existait autrefois entre les lois et les Coutumes du royaume, qui se sont fondues dans une législation générale et uniforme, il s'élevait les difficultés les plus sérieuses. Cela arrivait lorsque la femme s'était mariée sous une loi, et qu'elle avait des biens sous une autre, et lorsque ces deux lois avaient des dispositions opposées sur la capacité des femmes, relativement aux obligations et aux aliénations qu'elles pouvaient faire. Il se formait une lutte entre

[1] Les questions de la nature de celles que j'ai traitées dans ce nº 261, et au nº 241, présentent toujours des difficultés dont on ne peut trouver une solution juste qu'en y portant la plus grande attention; et encore on doit presque toujours s'attendre à des divergences d'opinions. Un arrêt de la Cour royale de Paris, du 17 février 1821, que nous remarquons dans le recueil des continuateurs de Denevers, an 1822, *pag.* 36, *au suppl.*, en présente un exemple.

Dans l'espèce de cet arrêt, le sieur Nouvellet et la demoiselle Bonivers, qui étaient domiciliés à Lyon, y avaient contracté mariage en 1789. Suivant un usage constamment observé à Lyon, attesté par les autorités les plus imposantes, qui même n'était pas désavoué, la femme avait un privilège, pour la restitution de sa dot, sur les meubles et immeubles du mari, conformément à la loi dernière, au Code *qui potiores*, qui y était particulièrement observée. Les époux avaient stipulé dans leur contrat qu'ils se régleraient par ce statut local.

La mari avait transféré son domicile à Paris; il y tenait un hôtel garni. En 1819, après une séparation de biens, la femme se présenta à un ordre du prix des meubles, et demanda la préférence sur les créanciers de son mari.

Ce privilége fut contesté par les créanciers, mais il fut accueilli par un jugement du tribunal de la Seine. « Attendu qu'en principe, le contrat du mariage régit les droits des parties contractantes, quels que soient les changemens survenus postérieurement, soit dans la législation, soit dans le domicile des parties; que, dans l'espèce, les sieur et dame Nouvellet, en contractant mariage à Lyon, le 4 septembre 1789, en déclarant expressément se soumettre, pour tout ce qui pourrait avoir trait audit mariage, aux droits et aux usages qui s'observaient alors dans la ville et le pays de Lyon, sont censés avoir écrit dans leur acte les dispositions de ce droit particulier et notamment l'acte de notoriété du 13 décembre 1723 (qui constatait l'usage). »

Sur l'appel, le jugement a été infirmé, « attendu que le privilege réclamé par la femme Nouvellet ne serait fondé que sur un statut local, exorbitant du droit commun, et dont les effets et l'exécution ne peuvent s'étendre au delà de son territoire, etc. »

On voit donc, par le résultat de cet arrêt, réduire sans effet une convention qu'on pouvait regarder comme une loi matrimoniale. Il n'eût cependant pas été déraisonnable de la maintenir. Choppin, dans son Traité *de privilegiis rusticorum*, *lib.* 2, *chap.* 2, nº 4, *pag.* 37, *édit. de* 1590, traite une question à peu près semblable, et dont la décision était subordonnée aux mêmes principes. Relativement à l'effet que doit avoir le statut local auquel est conforme la convention matrimoniale, il distingue ce qui a trait aux immeubles, de ce qui affecte les meubles.

Quant aux immeubles, l'auteur limite l'exécution du statut local, et de la convention matrimoniale dans laquelle il est répété, aux seuls immeubles situés dans le territoire qui était régi par le statut local au moment du mariage. Ce statut local devient un statut réel qui exerce alors son empire. *Conjugum donatio varia probanda est ac exsequenda pro legum varietate mancipii cujusvis in quo donatæ res soli continentur.*

Mais par rapport à la disposition concernant les meubles, qui serait contenue dans le contrat de mariage, ou qui serait le résultat d'un statut local, Choppin enseigne que cette disposition doit avoir son effet en quelque lieu que le mari fixe, dans la suite, son domicile. *Non idem statuendum de rebus mobilibus supellectili, aliove jure in conjugum personas constituta, nam in iis spectanda lex est domicilii, quod habuit maritus die nuptiarum*, LICET NOVAVIT POSTEA SEDES, *et in diversi juris provinciam transtulerit.* Il ne s'agit plus alors de statut réel. Il n'y a pas de *territoire* pour les meubles; ils ont toujours suivi la loi du domicile; et dans le cas dont il s'agit, le domicile est celui qu'avaient les époux lors du mariage.

Une disposition, soit statuaire, soit conventionnelle, qui remonte au mariage, et qui assure à l'un des époux un avantage sur les biens de l'autre, doit avoir son exécution comme toute autre donation dont l'effet est absolu; mais il y a loin de là à l'application de l'art. 2135 du Code civil, en ce qui concerne l'obligation ou la vente faite par la femme postérieurement à la promulgation de ce Code; il n'y a même aucune parité entre un cas et un autre. Il y a d'autres principes à invoquer dans le dernier cas. La loi ancienne qui règle, et la loi nouvelle qui modifie, exercent chacune leur empire. Tout se réduit à les concilier de manière qu'il n'y ait pas de rétroactivité, et surtout que la fraude ne soit pas protégée.

le statut personnel, c'est-à-dire, la loi du domicile ou du mariage, et le statut réel, qui était la loi du territoire ou situation des biens. Ainsi, après beaucoup de controverses, il avait été enfin décidé qu'une femme mariée en pays de communauté, comme à Paris ou en Bourbonnais, et qui avait des immeubles situés dans un pays où la dot était inaliénable, tel que l'Auvergne, dont la Coutume avait adopté, à cet égard, les principes du droit romain, ne pouvait point, même avec le consentement de son mari, vendre ses immeubles situés en Auvergne, quoiqu'elle eût pu, avec ce consentement, vendre ses biens situés sous les Coutumes de Paris ou de Bourbonnais. Et, *vice versâ*, la femme mariée sous le régime dotal, en Auvergne, qui avait des immeubles situés à Paris ou en Bourbonnais, qui n'aurait pu aliéner ses biens dotaux situés en Auvergne, même avec le consentement de son mari, aurait pu, avec ce consentement, vendre ses biens situés sous les Coutumes de Paris ou de Bourbonnais. On peut voir là-dessus M. Chabrol, sur la Coutume d'Auvergne, tom. 2, pag. 181, 222 et suiv., et Auroux des Pomiers, sur celle de Bourbonnais, art. 238, n° 4. Il peut rester encore, sous le Code civil, des circonstances dans lesquelles on doive suivre cette diversité de législation. On sent qu'en pareil cas on doit toujours combiner les conventions des contrats de mariage, qui peuvent varier, avec les dispositions des anciens statuts *personnels* ou *réels*. Mais on pourrait toujours pratiquer ce qui s'observait autrefois : c'est que la femme qui voudrait vendre ou obliger ses biens situés dans les anciennes Coutumes de prohibition, pourrait le faire, et garantir, avec l'autorisation du mari, la sûreté de la vente ou de l'obligation par un engagement hypothécaire auquel elle affecterait ses biens situés ailleurs, comme à Paris ou en Bourbonnais, et qui seraient ainsi disponibles.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, section civile, du 5 mai 1818. *Denevers*, *même année*, *pag.* 552. La dame Guilibert, née en Normandie, mais mariée au sieur Sombret, domicilié à Abbeville, Coutume de communauté, vendit, le 5 ventôse an 6, au sieur Vasse-Renault, trente acres de terre situés en Normandie. La vente portait que ces trente acres de terre appartenaient en partie au sieur Sombret, et l'autre partie à la dame Sombret, *comme dépendans de ses biens dotaux*. Le même acte portait encore que la dame Sombret *garantissait la vente par elle faite sur tous ses biens présens et à venir*. La dame Sombret demanda la nullité de cette vente, en vertu des art. 538, 539 et 540 de la Coutume de Normandie, qui défendent l'aliénation des biens dotaux sans remplacement. Le tribunal de première instance de Dieppe rendit un jugement, le 17 février 1813, qui accueillit la demande de la dame Sombret, mais qui, en même temps, la condamna à la garantie du sieur Vasse-Renoult, sur *tous les biens qu'elle possédait hors du ressort de la Coutume de Normandie*, et même sur une terre dite de Thionville, située dans cette province, mais qui lui était échue depuis la publication du Code civil. Ce jugement fut confirmé par un arrêt de la Cour royale de Rouen. Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la Cour de cassation. Cette Cour se fonda sur ce que la dame Sombert, domiciliée dans le ressort de la Coutume de Ponthier, à laquelle elle s'était soumise par son contrat de mariage, avait pu s'obliger à la garantie de la vente par elle faite au sieur Vasse-Renoult, et affecter à cette garantie tous ceux de ses biens qui n'étaient pas régis par le *statut réel* de la Coutume de Normandie.

Cet arrêt a de plus jugé une question très remarquable. L'acquéreur de la dame Sombret se défendait par deux moyens. Il disait d'abord que, dès que cette dame s'était mariée sous l'empire d'une Coutume de communauté, la Coutume de Normandie, *comme statut réel*, n'avait pu protéger que les immeubles situés sous son empire; qu'ainsi rien n'empêchait qu'étant autorisée de son mari, elle ne s'obligeât sur tous ses autres biens. Et

c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation. Jusque là on y voit statuer dans le sens que la femme, quoique mariée en pays de communauté, n'avait pu vendre et hypothéquer à une garantie, avant le Code civil, même avec le consentement de son mari, des biens situés dans une Coutume autre que celle du mariage, qui en prohibait l'aliénation.

Mais il était échu à la dame Sombret, depuis la promulgation du Code civil, une terre située en Normandie même, appelée de *Thionville;* et l'acquéreur avait demandé que sa garantie portât encore sur cette terre, quoique située dans cette province. Il se prétendait fondé dans cette demande, sur ce que cette terre n'était échue à la dame Sombret que depuis la publication du Code civil, et, par conséquent, après l'abrogation de la Coutume de Normandie. C'était là une seconde question; et l'on a déjà vu que le jugement du tribunal de Dieppe, confirmé par l'arrêt de la Cour royale de Rouen, l'avait décidée en faveur du sieur Vasse-Renoult. Ce jugement, en prononçant la garantie sur tous les biens que la dame Sombret possédait *hors du ressort de la coutume de Normandie*, la faisait porter encore *sur une terre dite de Thionville*, située en Normandie, *mais qui lui était échue depuis la publication du Code civil.*

La dame Sombret combattait cette décision, en disant que, d'après l'art. 542 de la Coutume de Normandie, les biens échus à la femme pendant le mariage, ne pouvaient pas être plus aliénés que ses biens dotaux; que dès lors, en supposant qu'elle fût obligée de garantir le sieur Vasse-Renoult sur ses biens situés dans le ressort de la Coutume d'Abbeville, il était certain, du moins, que les biens qui lui était échus en Normandie depuis son mariage, ne pouvaient être soumis à cette garantie, et qu'ainsi la Cour royale n'avait pu autoriser le recours du sieur Vasse-Renoult sur la terre de Thionville, située en Normandie, quoique cette terre fût échue à la dame Sombret depuis son mariage, et *depuis la publication du Code civil.*

Mais la Cour de cassation s'est prononcée pour la garantie sur la terre de Thionville, laquelle garantie était l'objet du second moyen de l'acquéreur. Voici les motifs de l'arrêt : « Sur le second *moyen*, attendu que la terre de Thionville, sise en Normandie, et échue à la dame Sombret, par le décès de son frère, *postérieurement à la publication du Code civil*, n'a pas été soumise à la disposition du *statut Normand* QUE CE CODE A ABOLI. »

De cet arrêt il résulte une conséquence importante, c'est que si, depuis le Code civil, il est échu à une femme mariée sous un régime de communauté, des biens situés dans le ressort d'une ancienne Coutume qui eût des dispositions telles que ces biens ne pouvaient être ni aliénés, ni hypothéqués, même avec le consentement du mari, la prohibition a cessé. Ces biens ont dû être régis et administrés comme les autres biens de la femme. Le statut réel aboli par le Code, se fond et s'absorbe dans le statut *personnel*. Je ne descends pas dans des détails pour établir l'application de cette conséquence; elle se ferait d'elle-même, d'après les circonstances qui se présenteraient.

Cependant, il y a des cas où la liberté qu'avait une femme mariée, relativement à la disposition de certains biens, se trouve restreinte par le Code civil. Il s'est élevé la question de savoir si la femme doit, ou non, conserver dans toute sa plénitude l'ancienne liberté qui lui était accordée. Ceci doit être éclairci par un exemple.

Dans les pays de droit écrit, d'après la loi 8, au Code *de pact. conv.*, et dans plusieurs Coutumes qui en avaient adopté les principes, telles que celle d'Auvergne, *art.* Ier, *tit.* 14, la femme pouvait, outre ses biens dotaux, avoir des biens paraphernaux et des biens aventifs. Les premiers étaient ceux qu'elle s'était réservés en se mariant; les seconds étaient ceux qui lui étaient échus pendant le mariage. Or, elle avait la liberté de vendre ou hypothéquer ces deux sortes de biens, sans l'autorisation de son mari. Il s'était néan-

moins introduit, dans quelques parlemens, une jurisprudence d'après laquelle cette autorisation était nécessaire. Mais il a été dit, dans l'art. 1576 du Code civil, que la femme ne peut aliéner ses biens paraphernaux sans l'autorisation de son mari, ou, à son refus, sans la permission de la justice. On a donc demandé si, lorsque la femme avait de ces sortes de biens, même avant la promulgation du Code civil, dans les lieux où elle pouvait en disposer seule, à son gré, elle a pu, depuis cette promulgation, jouir du même droit, ou si, au contraire, conformément au Code civil, l'autorisation du mari a été nécessaire.

Cette question n'était pas sans difficulté. Cependant la jurisprudence s'est formée, et avec raison, dans le sens de la nécessité de l'autorisation. D'un côté, en ce qui concerne au moins les pays de droit écrit, on a toujours douté s'il résultait de la loi 8, au Code *de pact. conv.*, que j'ai citée, que la femme pût disposer de la propriété de ses biens paraphernaux et aventifs, sans le consentement du mari, ou si elle avait seulement le droit de les administrer et d'en percevoir les jouissances sans la participation de ce dernier. C'est aussi ce qui avait donné lieu à la diversité de jurisprudence que je viens de rappeler. La nécessité de l'autorisation du mari, pour la vente même des biens extradotaux et aventifs, se rapprochait plus de l'esprit du droit romain et des Coutumes qui lui étaient conformes. C'était dans l'intérêt de la femme et des enfans que le droit romain et ces Coutumes avaient interdit absolument l'aliénation et l'hypothèque des biens dotaux; et c'était par une suite du même intérêt, que l'aliénation et l'hypothèque des biens paraphernaux et aventifs n'y étaient permises qu'avec l'autorisation du mari.

Au surplus, de ce que la jurisprudence a admis que, quoiqu'anciennement la femme eût pu disposer, seule, de ses biens paraphernaux, elle est privée, depuis le Code civil, de cette faculté, d'après l'art. 1576 du Code civil, ou qu'au moins elle ne peut l'exercer que sous les conditions établies par cet article, on ne peut pas dire qu'il y ait un effet rétroactif relativement à la femme mariée avant le Code civil. Il n'y a point de rétroactivité, lorsque la femme n'a pas exercé, avant ce Code, la faculté de disposer de la propriété, que lui accordaient les anciennes lois ou les anciens usages. Enfin, la femme a toujours, même d'après le Code civil, en cas de refus d'une autorisation du mari, la ressource de la permission de la justice. Son droit ancien reste, mais avec un sage tempérament.

263. Il me reste à examiner deux cas particuliers sur l'hypothèque légale de la femme; l'un est celui du retour conventionnel opposé à une donation; l'autre est celui d'une substitution ou disposition à la charge de rendre les biens.

Quant au premier cas, il est dit dans l'art. 952 du Code civil, que l'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques. Mais il est ajouté : « Sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage, duquel résultent ses droits et hypothèques. »

Il résulte de cet article que quoique l'hypothèque que la loi accorde à la femme, dans le cas et sous la condition qui y sont énoncés, ne soit que subsidiaire, qu'elle ne doive avoir lieu sur les biens donnés que lorsqu'il y a insuffisance des biens propres du mari donataire, elle n'a pas moins le caractère d'hypothèque légale sur les biens donnés, lorsque c'est le cas de l'exercer. Ces biens n'appartiennent pas moins au donataire; ils deviennent responsables de la dot et des conventions matrimoniales. La modification portée à cette responsabilité ne change point la nature de l'hypothèque.

Mais il y a un point essentiel à remarquer, qui est que si, lors de la donation, le mari donataire avait des biens suffisans

pour répondre de la dot et des conventions matrimoniales, ou que si, n'en ayant pas alors, il en acquérait dans la suite, qui présentassent la même sûreté, la femme devrait prendre des précautions pour conserver son hypothèque légale sur ces biens, en cas de vente de la part de son mari, conformément au chapitre 9 du titre du Code civil, *des priviléges et hypothèques*. C'est à la femme à y veiller, parce que la loi ne lui donne, sur les biens grevés de retour, qu'une hypothèque subsidiaire; qu'elle doit prendre cette hypothèque telle qu'elle est, ou y renoncer. Elle ne peut diviser la condition sous laquelle elle est établie, ne l'étant surtout que dans son intérêt. En négligeant son hypothèque sur les biens personnels de son mari, elle changerait sa position, au préjudice du donateur; elle transporterait l'hypothèque principale sur les biens donnés, et l'hypothèque seulement subsidiaire sur les biens personnels du mari, ce qui serait contraire à l'équité, à la convention et au vœu de la loi.

Je viens au second cas ci-dessus indiqué. Il faut partir, à cet égard, de l'art. 1054 du Code. Il y est dit : « Les femmes des grevés ne pourront avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné. » On remarque d'abord la grande différence qui existe entre cet article et l'article 952. L'hypothèque subsidiaire a lieu de droit, et sans qu'il y en ait une convention expresse, sur les biens donnés, non seulement pour la dot, mais encore pour les conventions matrimoniales; au lieu que, dans le cas de l'art. 1054, l'hypothèque subsidiaire est accordée seulement pour *la dot*; et, de plus, il faut que le donateur l'ait ainsi voulu expressément. Quoiqu'on voie dans cet article le mot *testateur*, il ne faut pas en induire que la disposition ne puisse être faite que par testament. En rapprochant cet article de tous ceux qui précèdent, et surtout de l'art. 1048, on est convaincu que la disposition peut être faite par acte entre-vifs, comme par testament. De l'emploi de ce terme, *pour le capital des deniers dotaux*, il se tire la conséquence que la loi n'a entendu accorder l'hypothèque subsidiaire que pour la répétition d'une dot pécuniaire, et non pour les deniers qui proviendraient de ventes des immeubles dotaux de la femme, sauf lorsque la vente est nulle, l'action en revendication contre les tiers détenteurs.

Il y a bien une circonstance où un donateur peut reprendre les biens qu'il a donnés : je veux parler de celui qui est prévu par l'art. 747 du Code civil. Mais, par cela seul que ce droit n'est déféré qu'à titre de *succession*, le donateur ne reprend les biens donnés qu'avec la charge de toutes les dettes et hypothèques dont ils ont été grevés par le donateur. Sur tout ce que je viens de dire, on peut voir les observations que j'ai faites, *Traité des donat.*, nos 35, 36, 38, et 378.

§ II.

Des moyens introduits par la loi pour la conservation et la réduction des hypothèques légales, dans l'intérêt des femmes, des mineurs et interdits, et pour la sûreté des tiers.

SOMMAIRE.

264. *Des moyens relatifs à la conservation des hypothèques des femmes et des mineurs.*
265. *La transcription est inutile pour la purgation des hypothèques légales.*
266. *La femme mariée est-elle absolument sans droit sur le prix de l'immeuble vendu par le mari, quoiqu'elle n'ait pas pris une inscription dans les deux mois à compter de l'affiche du contrat dans l'auditoire?*
267. *De la faculté de restreindre les hypothèques légales, et du mode de cette restriction.*
268. *Cas de la révocation de la restriction.*

264. Dans le chapitre de l'hypothèque conventionnelle, sect. II, § II, devant expliquer l'objet et les formes de l'inscription en général, j'ai indiqué les formes particulières des inscriptions concernant les hypothèques légales des femmes et des mineurs; mais je devais remonter aux moyens admis par la loi pour la conservation des hypothèques légales que les formes tendent seulement à mettre en œuvre. Or, c'est ce dont je vais m'occuper.

Dès que le législateur a cru devoir affranchir de l'inscription les hypothèques légales des femmes, pour leurs droits dotaux, sur les biens de leurs maris, et celles des mineurs et des interdits sur les biens de leurs tuteurs, ce qui devenait une grande exception au principe fondamental de la publicité de l'hypothèque, qui fait la base de la législation hypothécaire, sa sagesse lui a suggéré des moyens pour que cet affranchissement d'inscription ne devînt pas une source de piéges qui seraient tendus à la bonne foi des tiers qui pourraient contracter avec le mari et les tuteurs.

Ces moyens consistent, 1° dans la nécessité où sont les maris et les tuteurs de rendre publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés; dans celle de requérir des inscriptions sur eux-mêmes, et enfin dans la crainte d'être réputés stellionataires, et contraignables comme tels, s'ils consentent ou s'ils laissent prendre des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que ces immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes, des mineurs ou interdits [1];

2° Dans l'obligation imposée au subrogé tuteur, sous sa responsabilité personnelle, de veiller à ce que l'inscription soit prise sur les biens du tuteur, et même de la faire faire : la loi a encore prévu le cas de négligence, soit du tuteur, soit du subrogé tuteur, de remplir cette obligation, de même que de la part du mari; et elle a établi une garantie, soit pour la femme, les mineurs et l'interdit, soit pour les tiers, dans l'appel qu'elle fait au procureur du roi près le tribunal civil du domicile des maris et tuteurs, ou du lieu de la situation des biens, de l'arrondissement dans lequel les biens sont situés, pour qu'il ait à suppléer, s'il y a lieu, à cette négligence;

3° Dans le pouvoir donné non seulement à la femme et au mineur de requérir eux-mêmes l'inscription, mais encore aux parens, soit du mari, soit de la femme, soit du mineur, et, par rapport à celui-ci, à ses amis, à défaut de parens. Art. 2136, 2137, 2138 et 2139 du Code civil.

Mais ce n'est pas tout; la loi offre encore une ressource particulière aux tiers acquéreurs qui auraient acquis d'un mari ou d'un tuteur, et qui auraient été dans la persuasion que le mari ou le tuteur qui auraient vendu, avaient, outre l'objet de l'acquisition, suffisamment de biens pour répondre de la dot, des reprises et conventions matrimoniales ou de la gestion. Cette ressource consiste en ce que

[1] Je dois faire observer qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 23 juin 1817, rapporté par Denevers, *même année*, *pag* 409, a jugé quelques questions en cette partie, qu'il est bon de connaître. Il a décidé notamment, par interprétation de l'article 2059 du Code civil, qu'il n'y a pas stellionat lorsqu'on ne déclare pas les hypothèques conventionnelles ou judiciaires, mais seulement lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués. Le même arrêt a décidé, en interprétant l'art. 2136, qu'un mari ne doit pas être réputé stellionataire, lorsqu'il ne déclare pas l'hypothèque légale de sa femme sur les immeubles qu'il vend, mais seulement lorsqu'il consent ou laisse prendre des priviléges ou des hypothèques sur ses immeubles, sans déclarer expressément que ces immeubles sont affectés à l'hypothèque légale de sa femme. On peut aussi voir Sirey, *tome* 18, *part.* 1re, *pag.* 13

les acquéreurs peuvent, lorsqu'il n'existera pas d'inscription, purger les hypothèques sur les immeubles qu'ils auront acquis. Les moyens que présente la loi pour que l'acquéreur puisse se procurer cet avantage, sont, 1° le dépôt du contrat au greffe du tribunal civil de la situation des biens vendus, la notification de ce dépôt à la femme, au subrogé tuteur, au procureur du roi près ce tribunal, et l'affiche de ce même dépôt, pendant deux mois, dans l'auditoire; 2° le pouvoir donné aux femmes, aux maris, aux tuteurs, aux subrogés tuteurs, aux mineurs, interdits, et aux procureurs du roi, de requérir et faire faire, pendant ce temps, s'il y a lieu, des inscriptions sur l'immeuble aliéné.

Tel est le résultat des art. 2193, 2194, 2195 du Code civil, et de l'avis du Conseil d'état, du 1er juin 1807, aux dispositions duquel il suffit de renvoyer. Cet avis est tellement précis sur les formes qui en sont l'objet, qu'il est inutile d'entrer à cet égard dans aucune explication. J'observerai seulement que lorsque la femme du vendeur existe, ainsi que le subrogé tuteur des mineurs qui pourraient être sous la tutelle de ce vendeur, et que lorsqu'il est établi qu'ils sont connus de l'acquéreur, pourvu que ce soit par des titres précis du fait même de l'acquéreur, alors la signification de l'acte de dépôt au greffe du contrat translatif de propriété, qui est prescrite par cet avis et par les articles du Code qui y sont relatifs, doit être faite nécessairement à cette femme et à ce subrogé tuteur; il ne suffirait pas que la signification fût faite au procureur du roi. On peut tirer cette induction non seulement de cet avis même du Conseil d'état, mais encore d'un arrêt de la Cour de cassation, du 14 juin 1817. *Denevers, même année, pag.* 97. L'observation est d'ailleurs évidemment fondée. Les art. 2194 et 2195 exigent que la notification qui y est énoncée soit faite directement à la femme mariée et au subrogé tuteur; et ce n'est que pour le cas où la femme mariée et le subrogé tuteur seraient inconnus de l'acquéreur, que l'avis du Conseil d'état du 1er juin 1807, a ajouté de nouvelles formalités, qui sont celles qui étaient prescrites par l'art. 683 du Code de procédure.

On doit rapprocher de l'avis du Conseil d'état, du 1er juin 1807, celui du 6 mai 1812, qui rend les formalités prescrites par le premier, communes aux femmes et aux mineurs, devenues les unes veuves, et les autres majeures sous le Code civil, ainsi qu'à leurs héritiers ou autres représentans.

D'après tant de précautions, le législateur a dû croire, ou qu'il y aurait des inscriptions, ou que s'il n'en survenait pas, ce serait uniquement parce que le besoin ne s'en ferait pas sentir, et que ceux qui sont autorisés à prendre des inscriptions pour la femme ou pour les mineurs n'auraient pas voulu nuire gratuitement et sans objet à un mari ou à un tuteur qui, quoiqu'ils eussent fait quelques ventes, ne laisseraient pas de présenter une solvabilité rassurante.

On voit dans la législation actuelle un juste milieu entre l'édit du mois de mars 1673 et celui de 1771. Le premier exceptait simplement de ses dispositions les hypothèques légales (art. 57 et 60); ce qui laissait une vaste lacune dans la formation d'un régime hypothécaire. Le second prononçait, sans aucun tempérament, la déchéance de ces hypothèques, par le seul effet du défaut d'opposition aux lettres de ratification (art. 17 et 32). Cette disposition pouvait paraître trop dure, puisque souvent on ne pouvait imputer ce défaut d'opposition aux personnes en faveur desquelles ces hypothèques étaient établies.

265. Je dois faire remarquer qu'il résulte de l'art. 2194, comparé avec l'article 2181 et l'art. 2183, § 2, que lorsqu'il s'agit simplement de purger les hypothèques des femmes et mineurs, pour lesquels il n'y a point d'inscriptions prises, la transcription préalable du titre d'aliénation n'est pas nécessaire, et que les formes prescrites par l'art. 2194 suffisent. La raison en est que ce dernier article ne rappelle pas la formalité de la transcrip-

tion, et que celles qu'il prescrit font plus que d'y suppléer pour procurer la connaissance du titre, connaissance qui était évidemment le but de la transcription. C'est ce qu'établit très bien M. Tarrible, *Rép. de jurisp.*, au mot *Transcription*, § 3, *n°* 5. Cette opinion, toute fondée qu'elle était, n'a plus le même degré d'utilité, d'après les art. 52, 54 et 61 de la loi sur les finances, du 28 avril 1816, qui prescrivent le paiement des frais de transcription et de ceux d'enregistrement tout à la fois. Mais l'observation reste pour les contrats antérieurs à cette loi de 1816. Au surplus, sur cette multiplicité de formes pour parvenir au même but, et qui pourraient être toutes fondues en une seule, j'appelle l'attention du législateur, *part. II, chap.* 1er, *sect. II et VI.*

266. Il s'est élevé une question assez importante pour être discutée. Elle consiste à savoir si, lorsqu'un immeuble vendu par le mari a été affranchi de l'hypothèque légale de la femme, faute d'inscription prise dans les deux mois à partir de l'exposition du contrat d'acquisition, la femme ou ses créanciers conservent le droit de se faire colloquer sur le prix de l'immeuble, lorsque ce prix n'est pas encore distribué.

Il faut distinguer. S'il n'y a aucune hypothèque inscrite contre le mari vendeur, et si l'acquéreur ne notifie la vente, conformément à l'art. 2194 du Code civil, que dans son propre intérêt, afin de savoir s'il surviendra, ou non, une inscription de la part de la femme; alors, n'étant survenu aucune inscription dans les deux mois de l'exposition du contrat, l'immeuble vendu passe à l'acquéreur, sans aucune charge, à raison des reprises de la femme; et l'acquéreur peut se libérer valablement envers le vendeur. Tel est le résultat de l'art. 2195 du Code civil.

Mais si, lors de la transcription de la vente et de la notification, il existe des inscriptions prises par des créanciers du vendeur, l'acquéreur peut également prendre les mesures indiquées dans l'article 2194. Ces mesures ont toujours un but utile, qui est que l'ordre puisse se faire avec eux qui auraient des hypothèques légales, dont les inscriptions seraient provoquées par les formalités relatives à la purgation. C'est le moyen d'éviter un retard à l'ordre, qui ne pourrait se faire sans qu'on ordonnât préalablement les mesures tendantes à purger les hypothèques légales, ainsi que je l'ai dit ailleurs; puisque, sans ce préalable, et l'ordre se consommant, les créanciers qui auraient ces hypothèques légales, pourraient, en les faisant valoir, détruire ce qui aurait été fait, et réclamer le prix qui aurait été distribué,

Néanmoins si, dans le cas où il devrait être fait une distribution, la femme mariée prenait son inscription avant l'ordre, quoiqu'après l'expiration des deux mois indiqués dans l'art. 2194, elle pourrait également venir, par ordre de son hypothèque, sur le prix qui devrait être distribué. Ceci tient au principe élémentaire, en cette partie, que l'hypothèque légale de la femme mariée existe indépendamment de toute inscription; elle a rang par elle-même, et du jour de sa date, sans le secours de l'inscription. Cette inscription est cependant nécessaire, mais c'est uniquement pour se faire connaître et pour participer à l'ordre; en sorte qu'il suffit que l'inscription précède l'ordre.

Ce qui a paru embarrassant, c'est qu'on ne concevait pas que l'immeuble pût être dégagé de l'hypothèque légale dans les mains de l'acquéreur, et que cependant la femme conservât son droit sur le prix.

Mais le droit que la femme exerce dans ce cas, sur le prix, n'est en opposition avec aucun principe. Pourquoi la femme peut-elle, à la différence des autres créanciers soumis à l'inscription, venir sur le prix, quoique, dès le principe, elle n'ait pas pris une inscription? c'est seulement à raison de la faveur particulière de son hypothèque, d'après laquelle elle est affranchie de l'inscription. Mais l'inscription qu'elle prendrait après l'expiration de deux mois énoncés, ne lui donnerait jamais droit que sur le prix et non sur l'immeuble. La raison en est que

le silence de la femme, pendant les deux mois à compter de l'exposition du contrat d'aliénation, a purgé l'immeuble de l'hypothèque légale, et l'a convertie en action sur le prix. Le recours de la femme sur le prix n'intéresse que les créanciers et nullement l'acquéreur. Il en est de ce cas comme de celui où il n'y a pas d'enchères après la notification du contrat transcrit aux créanciers, en exécution de l'art. 2183. Ce défaut d'enchères opère dans les mains de l'acquéreur, d'après l'art. 2186, la libération de tout privilége et hypothèque, et le droit reste sur le prix. On sent facilement qu'il se fait la même opération dans le cas dont il s'agit. Aussi la question a-t-elle été ainsi jugée par un arrêt de la Cour royale de Douai, du 14 avril 1820. *Denevers*, *an* 1821, *pag.* 47, *suppl.* On sent qu'il doit en être de même, et par les mêmes motifs, pour le cas de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits sur les biens de leurs tuteurs.

Je dois cependant dire que je ne traite la question que pour les tribunaux et les jurisconsultes, et sous le rapport de l'état actuel de la législation. Car il vaudrait mieux, si cette législation était revisée, qu'on en vînt à des idées qui seraient plus saines et plus conformes aux vues qui doivent diriger un régime hypothécaire. La purgation de toutes hypothèques quelconques, même des hypothèques légales, par le défaut d'inscription dans les deux mois, ou dans tout autre délai donné à partir de l'exposition du contrat, devrait avoir lieu indistinctement, tant à l'égard de l'acquéreur qu'à l'égard des créanciers. On devrait ériger en principe que ce que fait l'acquéreur est fait non seulement dans son propre intérêt, mais encore dans celui de tous les créanciers dont il serait présumé stipuler les intérêts. Je renvoie à ce que je dis, à ce sujet, IIe part., chap. Ier, sect. IIe et IVe; mais voyez surtout le no 490.

267. Après avoir pourvu à l'intérêt des femmes mariées et des mineurs, et en même temps à celui des tiers qui auraient pu ignorer l'existence des hypothèques légales, la loi vient encore au secours des maris et des tuteurs pour alléguer, à leur égard, le poids de ces hypothèques. Quant au mari, la loi permet, lorsque les parties sont majeures, de convenir, dans le contrat de mariage même, qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou sur certains de ses immeubles, et que ceux qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription, restent libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme, et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Ainsi une simple prévoyance de la part du mari, avant même que l'hypothèque prenne naissance, peut dégager une partie de sa fortune, plus ou moins considérable selon la valeur de ses biens, comparée à la dot et aux conventions matrimoniales.

Il y a plus : si, lors du mariage sa fortune était telle qu'on n'eût pas cru devoir restreindre l'hypothèque légale sur une partie seulement des biens que le mari possédait, il pourra, même après le mariage, sa fortune ayant augmenté et présentant une garantie plus ample, demander, du consentement de sa femme, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parens de celle-ci, réunis en assemblée de famille, que l'hypothèque générale, sur tous ses immeubles, soit restreinte à ceux qui seraient suffisans pour la conservation entière des droits de la femme.

A l'égard du tuteur, il pourra demander la même restriction, s'il y a lieu, aux parens en conseil de famille, lors même de sa nomination. Articles 2140, 2141, 2143, 2144 du Code civil [1].

Ces mesures sont une preuve de la prévoyance du législateur, afin de faciliter la pratique du régime hypothécaire dans le système de publicité qui en est le prin-

[1] Dans ce no et dans le no précédent, on pourra remarquer quelques passages qui se trouvent dans mon rapport fait au Tribunal et au Corps législatif, sur la loi relative aux priviléges et hypothèques. Je les ai rendus littéralement : j'ai cru pouvoir me copier moi-même, sans prendre la peine de me traduire, ayant vérifié que mes premières expressions rendaient aussi bien et peut-être mieux, mes idées, que celles que j'aurais pu leur substituer

cipe fondamental; et il est étonnant qu'on en fasse si rarement usage. Ce n'est pas sans raison qu'il est dit dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation, du 9 novembre 1819, qui a jugé que la femme pouvait exercer ses hypothèques légales sur les biens même de la communauté, vendus par le mari, arrêt que j'ai cité, n° 248, que le mari a à s'imputer, dans le cas de n'avoir pas *fait réduire* ces hypothèques s'il y a lieu. Il suffit de lire les art. 2140, 2144, et de plus les art. 2142 et 2145, pour être convaincu que les immeubles qui auront été dégagés de l'hypothèque légale de la femme, par l'effet des mesures indiquées, pourront être vendus ou hypothéqués par le mari, avec sûreté. Si la restriction des hypothèques légales était plus fréquente qu'elle ne l'est, on n'aurait pas vu tant de créanciers et d'acquéreurs avoir de vains regrets pour n'avoir pas engagé des maris ou des tuteurs avec lesquels ils contractaient, à prendre cette mesure, et ceux-ci ne seraient pas exposés à des poursuites pénibles et humiliantes, d'après l'art. 2136 du Code, pour l'avoir imprudemment négligée. La pratique de cet usage est un des moyens de faire disparaître beaucoup de critiques contre la législation.

268. Il faut cependant remarquer que cette restriction d'hypothèque sur certains immeubles du mari, qui serait arrêtée d'après l'exécution des articles qui viennent d'être cités, pourrait être révoquée. On serait fondé à réclamer cette révocation, soit en cas de dépérissement des immeubles sur lesquels l'hypothèque de la femme aurait été restreinte, de manière qu'ils ne fussent plus suffisans pour en offrir la garantie, soit si l'on découvrait, dans la suite, que la propriété de ces biens fût incertaine sur la tête du mari, ou qu'ils fussent grevés d'hypothèques légales affranchies d'inscription, qui d'abord auraient été inconnues. On sent bien que cette révocation de restriction pourrait être demandée ou par la femme, ou par tous ceux que la loi invite à prendre inscription pour elle, et auxquels elle confie la surveillance de ses intérêts; on sent encore qu'elle ne pourrait être prononcée qu'avec les formalités établies par la loi, pour faire prononcer la restriction même. Mais tout ce qui aurait été fait par le mari, en conséquence de la restriction avant qu'elle fût révoquée, n'en devrait pas moins avoir son exécution. Les tiers auraient contracté avec lui sous la foi de l'autorité judiciaire, et la rétractation de la restriction qui n'aurait pu se faire que dans l'intérêt de la femme, ne pourrait avoir un effet rétroactif à leur préjudice.

Les inscriptions qui seraient prises par le mari (et tout ceci est commun au tuteur), sur les immeubles auxquels l'hypothèque aurait été restreinte, doivent faire mention des actes ou jugemens en vertu desquels la restriction se serait opérée, et il devient indispensable que de nouvelles inscriptions soient prises, en vertu des actes ou jugemens qui auront révoqué la restriction, pour que des tiers ne soient pas victimes de ce que la restriction serait seule connue, et la révocation ignorée. Le public doit être instruit de tout cela par des mentions soignées que doit contenir, à cet égard, le registre du conservateur des hypothèques. Celui-ci doit rapprocher sur son registre la révocation de la restriction, de cette restriction même, pour qu'elles soient facilement connues à la fois.

Enfin, on doit bien remarquer que la restriction de l'hypothèque sur certains immeubles du mari, quand il y a lieu, doit être l'unique objet des délibérations provoquées par le mari ou par la femme; il ne peut être ordonné ni convenu *qu'il ne sera pris aucune inscription* pour elle, ainsi qu'on le voit à la fin de l'art. 2140. Ce serait là l'anéantissement de ses droits, tandis que la loi ne cesse de veiller à leur conservation, en conciliant toutefois ses intérêts avec la faculté qu'il est convenable d'accorder au mari, ce qui a également lieu pour le tuteur, respectivement aux mineurs.

269. Il s'est élevé sur cette restriction d'hypothèque, une question importante, qui est de savoir si une fille mineure peut valablement consentir une restriction

d'hypothèque pour sa dot, par son contrat de mariage même, lorsqu'elle est assistée des parens dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. La difficulté dérive de ce que, dans l'article 2140, qui accorde la faculté de la restriction de l'hypothèque sur certains biens, il est dit, *les parties majeures;* d'où il se tire la conséquence, par l'argument *à contrario*, que cette liberté est refusée à la femme mineure.

On a cru pouvoir réfuter cette objection en disant que la nullité serait certaine, si la restriction était faite par une mineure seule, mais qu'il n'en est pas de même lorsque la fille mineure, qui se marie, est assistée des parens de la qualité de ceux dont je viens de parler. On fondait cette distinction sur la disposition des articles 1309 et 1398. « Le mineur, porte le premier article, n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. » Il est dit dans le second de ces articles : « Le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible; et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. » Or, en combinant ces articles avec l'art. 2140, disait-on, la fille mineure assistée des parens qui sont énoncés dans les deux premiers, doit être assimilée, quant à la capacité, à la fille majeure. Il s'agit dans l'art. 2140, comme dans les deux autres, de *conventions faites dans un contrat de mariage*. Mais avec quelque attention, on est convaincu que cette dernière opinion ne pouvait se soutenir.

En premier lieu, il faut considérer la différence des titres ou *rubriques* sous lesquels ces trois articles sont placés. D'après les titres relatifs aux deux premiers, il ne devait y être question que de conventions en général, telles que donations, gains de survie, et autres dispositions usitées entre personnes qui se marient, mais qui peuvent devenir excessives, et qui, quoique permises, malgré ces excès, entre majeurs, n'ont pas dû être autorisées entre mineurs, sans la condition prescrite par le législateur, dans ce cas particulier; au lieu que l'art. 2140 est placé sous un titre qui a trait à des objets d'une autre nature que ceux qui font la matière des titres dans lesquels on trouve les articles 1309 et 1398. Or, il est de règle certaine, en matière d'interprétation, que des articles de loi qui statuent sur des objets particuliers, doivent recevoir leur exécution littérale pour chacun des objets auxquels ils s'appliquent, et qu'une règle qui concerne limitativement un de ces objets, ne reçoit point l'extension d'une règle générale. Celle-ci tient au genre, l'autre tient à l'espèce.

En second lieu, quand on consulte la discussion qui eut lieu au Conseil d'état sur l'art. 2140, on ne peut douter que l'intention bien formelle du législateur n'ait été de n'accorder la faculté de la restriction qu'à la fille majeure; que c'est par cette raison qu'on a inséré dans l'article ces mots, *les parties majeures*, et qu'on n'y a point rappelé les dispsitions des articles 1309 et 1398, pour donner la même faculté à la fille mineure, quand elle se trouverait dans les circonstances indiquées dans ces articles. En sorte que la lettre et l'esprit de la loi concourent, pour établir la limitation de l'effet de l'art. 2140 à la fille majeure. La Cour royale de Paris avait d'abord considéré la restriction de l'hypothèque faite par une fille mineure, dans son contrat de mariage où elle était assistée de ses parens, comme devant avoir le même effet que celle qui aurait été faite par une fille majeure : c'est ce qu'on voit dans un arrêt du 10 août 1816. *Denev.*, *an* 1817, *pag.* 73, Mais elle s'est donné le mérite de revenir à l'opinion contraire. par un arrêt du 22 avril 1818. Ce dernier arrêt a été confirmé par un arrêt de la Cour de cassation, du 9 juillet 1820. *Denevers*, *même année*, *pag.* 485. Pour abréger, je

ne rapporterai point les motifs de l'arrêt, dont la solidité est telle qu'on doit croire que désormais la question ne présentera aucun doute[1].

On doit cependant remarquer que la discussion qui a préparé l'arrêt, apprend qu'on prétendait soutenir que, par cela seul que la restriction de l'hypothèque serait faite par une fille mineure en se mariant, cette restriction ne serait pas nulle; qu'elle ne devrait l'être que dans le cas où les fonds sur lesquels porterait la restriction seraient insuffisans pour faire face aux droits de la femme. On entendait dire que les mineurs ne devraient être restitués contre leurs engagemens, que lorsque ces mêmes engagemens leur sont préjudiciables; et qu'ils ne peuvent demander que la réparation d'un tort qui leur serait fait. Tel est l'esprit de l'arrêt de la Cour royale de Paris, du 22 avril 1818: « Attendu, y est-il dit, que si, dans le contrat de mariage d'une mineure assistée de ses parens, il est permis de convenir que son hypothèque légale sera restreinte à certains immeubles désignés, la raison et la justice, d'accord avec la loi, veulent que ces biens *soient suffisans pour la conservation des droits de la femme*, sans quoi son hypothèque pourrait devenir illusoire. » Mais la rédaction de l'arrêt de la Cour de cassation est conçu dans un sens qui n'admet pas cette distinction. Cette Cour a entendu que l'art. 2140 a limité d'une manière absolue, à la femme *majeure*, la faculté de restreindre l'hypothèque légale. On conçoit aussi qu'il est difficile de donner quelque effet à un consentement qui, étant nul en soi, doit être considéré comme n'existant pas.

270. On a élevé la question de savoir si les hypothèques légales, qui résultent de mariages antérieurs au Code civil, peuvent être réduites avec les formes établies par ce Code.

M. Chabot (de l'Allier), *Quest. transit.*, au mot *Hypothèques*, § 1er, a cru devoir se décider par la négative : mais l'affirmative paraît être sans difficulté, et il n'y a point en cela d'effet rétroactif. Il est bien vrai que les hypothèques générales anciennes, purement conventionnelles, qui émanent de contrats antérieurs au Code civil, d'après la généralité de l'hypothèque, qui avait lieu dans l'ancienne législation, ne pourraient être réduites contre le gré du créancier, parce que ce serait vouloir donner un effet rétroactif au Code civil. Il est vrai encore qu'il a dû en être de même des hypothèques judiciaires anciennes, par la même raison. Le jugement a acquis au créancier le même droit que la convention. C'est aussi ce que j'ai observé en traitant de chacune de ces hypothèques. Et M. Chabot l'a dit encore. Mais il me semble qu'il n'y a pas d'analogie entre ces deux cas et celui des hypothèques légales anciennes. L'art. 2135 du Code a fait participer toutes les femmes qui étaient mariées, lors de sa promulgation, aux avantages attachés à la légalité de leurs hypothèques. La suspension qui avait pu s'opérer, sous la durée de la loi de brumaire an 7, a disparu. Il n'y a eu de préférés aux femmes mariées que les créanciers qui, sous le régime de cette loi, auraient pris des inscriptions sur les biens du mari, les femmes n'en ayant pas pris. Il s'est donc établi par le Code civil une espèce d'homogénéité entre toutes les hypothèques légales anciennes et celles qui devaient avoir lieu après ce Code. La faculté de la réduction a dû être commune aux hypothèques légales des femmes mariées anciennement, comme à celles qui se marieraient après, de la même manière que le principe de la légalité a dû être appliqué à toutes.

Mais ce qui paraît décisif, c'est que lorsqu'il s'agit d'anciennes hypothèques générales conventionnelles ou d'hypothèques judiciaires anciennes, le créancier qui se refuse à leur réduction réclame l'exécution d'une convention ancienne qu'on ne pourrait violer sans rétroactivité. Mais la réduction des hypothèques légales anciennes se présente sous un autre aspect. Cette réduction ne peut s'opérer, d'après

[1] M. Laporte, continuateur de ce recueil qui a conservé son ancien nom, donne personnellement un motif qui concourt efficacement avec ceux de l'arrêt

l'article 2144, que du consentement de la femme, et après avoir pris l'avis de ses quatre plus proches parens. Or, on ne peut présumer qu'une réduction, opérée dans de pareilles circonstances, nuise à la femme. Il en serait de même des tutelles, pour lesquelles on observerait l'art. 2143, s'il y en avait qui existassent avec effet, quoiqu'antérieures à la promulgation du Code civil.

271. On a remarqué un inconvénient que laisse après lui le mode de purgation de l'hypothèque légale de la femme qui est sous la puissance maritale. Il est dit dans l'art. 2195 du Code civil, que si, dans le cours de deux mois de l'exposition du contrat dont il y est parlé, il a été pris des inscriptions du chef des femmes, des mineurs ou des interdits, et s'il existe des créanciers antérieurs qui absorbent le prix, ou en totalité ou en partie, l'acquéreur est libéré du prix ou de la portion du prix par lui payée aux créanciers en ordre utile; et les inscriptions du chef des femmes, des mineurs ou interdits, seront rayées, ou en totalité, ou jusqu'à due concurrence. Il est ajouté, dans le même article, que si les inscriptions du chef des femmes, mineurs ou interdits sont les plus anciennes, l'acquéreur ne pourra faire aucun paiement du prix, *au préjudice des inscriptions*, qui auront toujours la date du contrat de mariage ou de l'entrée en gestion du tuteur; et dans ce cas, les inscriptions des autres créanciers, qui ne viennent pas en ordre utile, seront rayées. Or, dit-on, lorsque, par l'état des choses, l'acquéreur ne peut faire aucun paiement du prix des deniers qui reviennent à la femme, au préjudice des inscriptions, que deviennent ces deniers? S'ils restaient oisifs entre les mains de l'acquéreur, ou s'il les consigne, comme il en a le droit, la femme ou bien son mari éprouverait la perte des intérêts de ce qui reviendrait à la femme.

Mais cet inconvénient n'est pas aussi grave qu'on se l'imagine, et la pratique ne le fait pas remarquer d'nne manière sensible.

D'un côté, il entre dans le but de tout régime hypothécaire que toutes sortes d'hypothèques puissent être purgées, qu'elles puissent être détachées des immeubles, et converties en actions sur le prix de ces immeubles. Or, cela étant, il devient indispensable que le droit hypothécaire des femmes, celui des mineurs et interdits cesse, et que l'action sur le prix le remplace. Les dispositions de cet art. 2195 présente, sans contredit, bien plus d'avantages aux femmes que ne le faisaient, soit la loi de brumaire, qui assujettissait, sans distinction, toutes les hypothèques à la formalité de l'inscription, soit l'édit de 1771, qui établissait la purgation, même des hypothèques des femmes, des mineurs et interdits, par le défaut d'opposition aux lettres de ratification, sauf le recours contre les maris et les tuteurs.

D'un autre côté, si la femme est séparée de biens, ce qui arrive presqne toujours, lorsqu'il se fait un ordre du prix des immeubles du mari, qui fait supposer un désordre dans ses affaires, alors elle est investie de la faculté de toucher ce qui lui revient pour ses droits dotaux, autres que ses droits matrimoniaux éventuels, à l'égard desquels il y a d'autres précautions suffisamment connues. Cette faculté dont je dis que la femme est investie, résulte de l'art. 1449 du Code civil, qui veut que la femme séparée, soit de corps et de biens seulement, en reprenne la libre administration, et qu'elle puisse *disposer de son mobilier, et l'aliéner*. Si la femme n'est pas séparée de biens, elle n'aurait pas droit de toucher ses deniers dotaux. Ce droit, dans la règle générale, appartiendrait au mari qui, n'y ayant pas de séparation de biens, doit jouir des revenus de la dot.

Je n'entends cependant pas dire que la femme puisse toujours, et nécessairement, recevoir les sommes dotales, même quoiqu'elle soit séparée de biens : l'emploi de ces sommes peut toujours être provoqué, pour en assurer la conservation, même contre le gré de la femme, surtout s'il existe des enfans. L'art. 1449 n'est pas tellement absolu que cet emploi ne puisse être demandé. Le mari même peut y avoir

intérêt, et, par conséquent, en avoir le droit. Cela résulterait des charges imposées à la femme séparée de biens, par l'art. 1448. Ces charges deviendraient sans garantie, si la femme pouvait dissiper sa dot. L'emploi utile des deniers dotaux peut toujours être le sujet de l'attention des parens de la femme, de la vigilance du ministère public, et de la sagesse des magistrats. J'en fais l'observation ailleurs. De cela même il résulte que l'acquéreur ne doit se libérer en aucun cas, soit envers le mari, soit envers la femme, du montant des deniers dotaux pour lesquels celle-ci serait colloquée, soit qu'il y ait une séparation de biens, soit qu'il n'y en ait pas. S'il le faisait, il deviendrait responsable des suites du paiement. Il doit se déterminer, à cet égard, selon ce qui sera décidé par la justice.

Dirait-on que si l'emploi des sommes dotales est retardé, ou que s'il ne peut avoir lieu, la femme et le mari peuvent être privés de quelques intérêts des sommes dotales? Mais d'abord la mesure de la consignation n'aurait pas, à beaucoup près, l'effet de rendre ces sommes absolument oisives, d'après les intérêts qu'elles produiraient; ensuite, on doit toujours croire que, dans ce cas, ou par un emploi prochain, ou autrement, les tribunaux s'empresseront d'alléger cet inconvénient.

Le même inconvénient pourrait aussi concerner les sommes qui devraient revenir au mineur ou à l'interdit, comme créanciers du tuteur. Mais, à cet égard, il se présente encore moins de difficultés, parce qu'il y a un subrogé tuteur qui veille toujours à la conservation des intérêts du mineur ou de l'interdit.

Il y a plusieurs autres questions qu'il était indispensable de traiter, qui sont relatives au mode de purgation des hypothèques légales. C'est aussi ce que je fais, notamment dans la section IV du chap. Ier de la IIe partie, où il s'agit de plusieurs difficultés relatives aux notifications à faire par les acquéreurs, dont le but est de provoquer, soit l'inscription, soit l'enchère, de la part de ceux à qui appartiennent les hypothèques légales. J'ai traité chaque chose en son lieu, selon ce qui m'a paru plus méthodique et plus propre à éviter des répétitions.

SECTION II.

De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, sur les biens de leurs tuteurs.

SOMMAIRE.

272. L'HYPOTHÈQUE légale ou tacite des

mineurs sur les biens de leurs tuteurs, tire son origine de plusieurs lois du Digeste. La loi unique, au Code *de rei ux. act.*, la rappelle de manière à donner à entendre que c'est à l'exemple de cette hypothèque légale, que Justinien introduisit l'hypothèque de même nature en faveur des femmes. *Et ut pleniùs dotibus subveniatur : quemadmodùm in administratione pupillarium rerum, et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus; ità et in actione hujus modi, etc.* La même hypothèque légale en faveur des mineurs, se trouve encore dans la loi 20, au code *de adm. tut.*; de tout temps elle a été admise en France. Elle a paru si favorable, qu'elle a toujours eu lieu, ainsi que pour la dot et pour les sommes dues pour *soulte de partage*, dans les pays de la Belgique, dits *pays de nantissement*, comme dans les Coutumes de France qui en avaient suivi les usages, malgré le fort attachement des habitans de ces pays au système de la publicité des hypothèques. C'est ce qu'attestent Dumoulin, sur l'art. 65 de la Coutume d'Amiens, et Mornac, sur la loi 26, ff. *de pign. act.* On voit néanmoins quelques différences, relativement à certains lieux des Pays-Bas et de la Hollande, dans les auteurs flamands, notamment dans les Institutions du droit Belgique de Ghewiet, *part.* 1re, *tit* 2, § 31, *art.* 10 *et suiv.*; en sorte qu'il n'est pas étonnant que ces trois exceptions aient été admises dans notre législation. J'en ai fait l'observation dans le Discours préliminaire.

Les interdits ont aussi eu de tout temps, en France, une hypothèque légale sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs comptables. On en trouve l'origine dans la loi 19, ff. *de rebus auct. jud. poss.*

Dans notre législation nouvelle, cette hypothèque légale est établie pour les mineurs et pour les interdits, par les articles 2121 et 2135 du Code. Il y est dit, *du jour de l'acceptation de la tutelle.* Je rapporte ces termes pour prouver ce que j'ai eu occasion de dire en plusieurs circonstances, qu'en général l'hypothèque légale prend sa source dans la qualité d'administrateur et de comptable, et qu'elle commence avec cette qualité. On sent aussi que cette hypothèque légale porte sur tous les biens présens et à venir. Toute hypothèque légale est générale de sa nature.

273. Mais on ne doit pas perdre de vue qu'on ne peut donner aucune extension à la loi, sur le nombre des cas dans lesquels elle établit une hypothèque légale ; et on peut donner comme une maxime qu'une hypothèque de cette nature n'est attachée qu'à une tutelle juridiquement déférée à un particulier en qualité de tuteur. On sent que s'il en était autrement, la légalité de l'hypothèque, qui est un objet infiniment important, tomberait sous l'arbitraire, et que des créanciers ou des acquéreurs seraient journellement victimes d'un simple fait de jouissance ou d'administration, dont l'existence serait inconnue ainsi que le titre. On sent facilement la différence qu'il y a entre un pareil fait, et une vraie tutelle déférée par l'autorité publique. On peut même dire qu'un simple fait de jouissance ou d'administration privée n'a jamais, aux yeux de la justice et de la société, le caractère d'une tutelle. Celui qui possède ou qui jouit de biens qui peuvent n'être pas à lui, n'est pas un tuteur, avec d'autant plus de raison que la tutelle rentre dans des fonctions publiques ou sociales. Le tuteur est donné principalement à la personne, et l'administration des biens n'en est qu'une suite.

Ainsi, dans l'ancienne législation, il y avait des *protuteurs*. C'était un titre reconnu, et qui imposait des obligations à celui qui l'avait. On ne peut en douter, d'après les dispositions de l'art. 1er du titre 29 de l'ordonnance de 1667. Cet article impose la nécessité de rendre compte, aux tuteurs, *protuteurs*, curateurs, fermiers judiciaires, et autres qui auront administré le bien d'autrui. Cette assimilation des *protuteurs* aux tuteurs prenait son principe dans la loi 1re, ff. *de eo qui protutore, etc. : protutore autem negotia gerit, qui numere tutoris fungitur in re impuberis : sive se putet tutorem : sive*

scit non esse, fingit tamen esse. Mais c'était mal à propos que plusieurs anciens docteurs, dont l'opinion est rapportée par Néguzantius, *de hypothecis*, 1° *memb.*, 2me *partis*, avaient tiré de cette loi, de la loi 19 ff. *de reb. auct. jud.*, et de quelques autres, l'induction que l'hypothèque légale devait avoir lieu dans le cas de la simple protutelle comme dans celui de la tutelle. Il n'y a rien de plus vrai que ce qu'a dit Lacombe, au mot *Hypothèque*, *sect.* 5, *in prœm.*, que l'hypothèque tacite, établie par les lois du droit, n'a lieu en France que dans le cas où elle est autorisée par la jurisprudence des arrêts. Il aurait dû dire aussi, et peut-être plus à propos, par les Coutumes et par les lois françaises. Il y en a une raison décisive que cet auteur n'indique cependant pas; c'est que les hypothèques légales prennent leur fondement, comme toutes les autres, dans le droit civil; et on n'a jamais pu considérer en France le droit romain comme le droit civil des Français. Il n'y a jamais été observé que comme raison écrite.

Il était bien dit dans l'article de l'ordonnance de 1667 que j'ai déjà cité, que « les tuteurs et *protuteurs* seront *toujours réputés comptables*, encore que le compte soit clos et arrêté, jusqu'à ce qu'ils aient payé le reliquat, s'il en est dû, et remis toutes les pièces justificatives. » Mais il résultait seulement de ces expressions que le *protuteur* était soumis aux mêmes actions que le tuteur, en ce qui concernait la reddition du compte. Ainsi, la contrainte par corps pouvait avoir lieu, suivant les cas déterminés par loi, pour le paiement du reliquat, contre le tuteur, le *protuteur*, et tous autres administrateurs, ainsi il n'y avait point de véritable libération pour le *protuteur*, comme pour le tuteur, après le paiement du reliquat, qu'autant que ce reliquat aurait été fixé sur un compte rendu et apuré, d'après les pièces justificatives, *visis tabulis et dispunctis rationibus.*

Mais il y avait loin de là à l'hypothèque légale. Elle n'aurait pas même été admise contre un héritier majeur qui aurait joui de la totalité de la succession, ses frères et sœurs étant mineurs. Elle l'aurait été encore moins contre un des enfans qui auraient joui en vertu d'une institution ou d'une donation qui aurait réduit ses frères et sœurs à une légitime. Il avait alors un titre particulier pour jouir; en sorte que la jouissance ne pouvait pas avoir lieu uniquement en qualité de tuteur ou même de protuteur. Il n'y a jamais eu entre héritiers d'autre action que celle en partage, rapports et prélèvemens. Aussi l'hypothèque légale a toujours été rejetée, dans ce cas, par la jurisprudence, et par les bons auteurs français. Auroux des Pomiers, sur l'art. 296 de la Coutume de Bourbonnais, où il traite des obligations des exécuteurs testamentaires, dit que le compte étant rendu, l'exécuteur testamentaire est tenu de remettre entre les mains des héritiers les effets qu'il a de reste; et il est, pour ce reliquat, contraignable par corps, parce que c'est une espèce de dépôt; il ajoute : « Sans néanmoins que les héritiers aient, pour le paiement et restitution, une *hypothèque tacite sur ses biens;* par la raison qu'il n'y a aucune loi qui établisse hypothèque, la charge de l'exécuteur testamentaire *n'étant pas publique, comme celle de tuteur ou curateur* (comptable), *qui ne se défère que par autorité publique.* » Cet auteur, dont l'opinion seule eût suffi pour établir ce principe, se fonde encore sur le sentiment de Ferrière, *Institut. cout.*, *liv.* 3, *tit.* 6, *des testamens*, *art.* 105, et sur celui de Bacquet, *du droit de bâtardise*, *chap.* 7, *n°* 11. J'ai cru devoir développer ces principes, parce qu'ils sont importans, et qu'ils subsistent sous la nouvelle législation, comme sous l'ancienne.

Il n'est donc pas étonnant que la Cour de cassation ait jugé, par un arrêt du 11 novembre 1811, *Denev.*, 1812, *pag.* 139, que les biens propres d'un cohéritier qui s'est indûment emparé de la succession, ne sont pas tacitement hypothéqués, par le seul fait de cette prise de possession, en faveur des autres cohéritiers, pour sûreté des recouvremens de leurs droits. Je

me contenterai de rapporter trois des motifs qui sont infiniment essentiels, parce qu'ils fixent les idées sur ce qui est ou non hypothèque légale. Ils méritent également l'attention, quoique l'arrêt soit rendu sur une affaire qui devait être réglée par la loi de brumaire an 7. « Attendu, 1° que l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an 7, en déterminant les différentes manières d'acquérir l'hypothèque, ne reconnaît que les hypothèques conventionnelles, les hypothèques légales et les hypothèques judiciaires. Attendu, 2° que l'art. 21 de la même loi caractérise les divers faits auxquels elle attache le privilége de l'hypothèque légale, et qu'il ne l'attribue qu'à la nation sur les comptables de deniers publics, à raison de leur gestion, aux mineurs, aux interdits, et aux absens, sur leurs tuteurs, curateurs et administrateurs, aussi pour raison de leur gestion, et enfin, aux époux pour raison de leurs conventions et droits matrimoniaux éventuels. Attendu, 3° qu'en accordant la même hypothèque légale et tacite aux cohéritier de celui qui s'est ingéré dans l'administration d'une succession commune, la Cour d'appel de Colmar a étendu ce privilége à un cas non prévu par ladite loi, en quoi elle a créé une disposition législative qui n'existe pas, etc.» Ces motifs sont toujours les mêmes sous une seule modification, qui est que cet arrêt met au nombre de ces hypothèques légales, celle de l'*absent*. Or, cette hypothèque légale qui avait été admise par la loi de brumaire, a disparu sous le Code civil. J'en ai fait l'observation au commencement de la section précédente, n° 224.

Dans l'espèce de cet arrêt, il y avait parmi les cohéritiers qui réclamaient l'hypothèque légale, des femmes mariées et des mineurs, et on s'en faisait un moyen pour attribuer au droit de répétition de ces héritiers, le caractère de l'hypothèque légale. Mais il est sensible que ce moyen était dénué de fondement. Les femmes mariées et les mineurs n'ont d'hypothèque légale que dans les cas déterminés par la loi, et sur les biens seulement des personnes auxquelles cette hypothèque est expressément appliquée. Hors de ces cas, leurs créances sont soumises au droit commun.

274. Des principes que je viens d'exposer, il se tire la conséquence que, sous notre législation actuelle, il n'existe point d'hypothèque légale sur les biens des subrogés tuteurs, même dans le cas où ils auraient eu accidentellement la manutention de quelques biens appartenans aux mineurs. Cela arriverait dans le cas d'une demande formée par le tuteur contre son mineur, en la personne du subrogé tuteur, en partage de successions ou de biens qui seraient échus en commun au mineur et au tuteur, et où le subrogé tuteur aurait dû, pendant l'instance, administrer quelques biens du mineur et en percevoir les revenus. Il y aurait un autre exemple de cette gestion, si un tuteur était poursuivi en destitution de la tutelle, comme suspect, et si, dans l'intervalle de la demande à la destitution, ou même de la destitution à la nomination d'un nouveau tuteur, la justice eût confié au subrogé tuteur l'administration de quelques biens du mineur. Il faut se garder de multiplier les hypothèques légales contre le vœu de la loi. L'action qu'ont, dans ces deux cas, et autres semblables, les mineurs contre les subrogés tuteurs, rentre dans les actions ordinaires. On ne peut en douter d'après le changement de rédaction que subit l'art. 2135 du Code civil, lors de la discussion. On avait fait porter d'abord l'hypothèque légale sur les immeubles du subrogé tuteur, pour les cas où, d'après les lois, il devient responsable. Sur les observations du Tribunat, qui furent adoptées, cette hypothèque disparut. Pour abréger, je renvoie aux motifs qui furent donnés de cette suppression, qu'on voit dans *la Conférence du Code civil, tome 7, pag. 177.*

Il en est donc de même de tous curateurs quelconques, même d'un curateur à une succession vacante, dont il aurait administré les biens, sauf l'action en reddition de compte; et il n'existerait contre lui qu'une hypothèque judiciaire en vertu

du jugement de condamnation qu'il subirait, sur l'exercice de cette action.

275. Mais il n'en serait pas de même à l'égard du *protuteur* qui serait nommé, si le mineur avait des biens dans les colonies, en conséquence de l'article 417 du Code civil. Dans ce cas, il s'agit d'une véritable tutelle sous le nom de protutelle. Le titre de *protuteur* répond alors à celui de tuteur. On ne peut en douter, dès qu'il dit dans l'article : « En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendans, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective. » Il y a deux gestions; elles sont faites l'une et l'autre sous le titre de tuteur ou de protuteur : le compte, ponr les deux, doit être rendu directement aux mineurs. Le législateur ne pouvait employer l'expression, *cotuteur*, dès que les gestions étaient séparées et indépendantes l'une de l'autre. Quand il a dit *protuteur* pour l'un, et *tuteur* pour l'autre, ce peut être parce que celui qui a reçu le titre de *tuteur*, est un tuteur principal nommé à la personne comme aux biens dont l'administration lui est déférée particulièrement. Mais le *protuteur* est un vrai tuteur en ce qui le concerne; et on ne conçoit pas comment ses biens ne seraient pas soumis à l'hypothèque légale, à compter du jour de son acceptation de la protutelle. Qui dit, en ce cas, *protuteur*, dit virtuellement *tuteur*. On ne peut comparer un pareil protuteur, à celui qu'on désigne ordinairement sous cette dénomination, qui, pouvant être en ordre d'être nommé tuteur, ou qui, sans cela même, jouit des biens des mineurs, de son autorité, et sans avoir reçu de celle de la justice le titre et la qualité de *tuteur*.

276. Il y a cependant un cas où le mot *tuteur* n'emporte point d'hypothèque légale. Je veux parler du tuteur nommé à une substitution, d'après les art. 1055 et 1056 du Code civil. Dans le cours d'une longue rédaction d'articles de loi, il était difficile que ce mot *tuteur* ne fût pas employé sous différentes acceptions, et sous le rapport de diverses fonctions auxquelles on ne pouvait attribuer les mêmes obligations. Le tuteur à la substitution, d'après toutes les dispositions des articles qui y sont relatifs, n'est qu'un surveillant à l'exécution de la substitution : il ne contracte qu'une responsabilité personnelle. C'est aussi ce qui est dit littéralement dans l'article 1073; et cela exclut toute idée d'hypothèque légale.

277. Par une suite du principe qu'on ne peut admettre d'autres hypothèques légales que celles auxquelles la loi a attribué ce caractère, qu'autrement ce serait en créer à son gré, ce qui serait une violation de la loi, et un excès de pouvoir, on pourrait dire que l'enfant mineur qui a des biens personnels qui sont administrés par son père, ne doit pas avoir d'hypothèque légale sur les biens de celui-ci, pour la simple administration accordée au père pendant le mariage. Cette question mérite d'être examinée.

Il est dit dans l'art. 389 du Code. « Le père est, *durant le mariage*, *administrateur* des biens personnels de ses enfans mineurs. Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. » Remarquons bien qu'il ne s'agit pas ici d'une *tutelle*, mais d'une simple administration accordée au père, *durant son mariage*.

Arrive, dans l'art. 390, le cas de la tutelle déférée au père, et c'est là un nouvel ordre de choses, auquel peuvent s'appliquer des règles bien différentes. « *Après la dissolution du mariage*, y est-il dit, arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la *tutelle* des enfans mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère. » Ainsi, *durant le mariage*, il n'y a qu'une *administration*; après la dissolution du mariage, il y a *tutelle*. Ce qui caractérise essentiellement la *tutelle*, c'est l'obligation d'y joindre la nomination d'un subrogé tuteur. Tel est le résultat de l'art. 421. « Lorsque les fonctions du *tuteur* seront dévolues à une personne de l'une des qualités exprimées aux sections 1, 2 et 3 du présent chapitre (concernant les père, mère, et autres ascen-

dans), ce tuteur devra, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer pour la nomination du subrogé tuteur, un conseil de famille composé comme il est dit dans la section 4. » N'y ayant donc de subrogé tuteur que dans le cas de la *tutelle*, il ne doit pas y en avoir dans le cas de la simple *administration* énoncée dans l'art. 389; et si, dans ce cas, il n'y a point de subrogé tuteur, il n'y a, pourrait-on dire, ni *tutelle*, ni qualité de *tuteur* imprimée au père, ni, par conséquent, hypothèque légale sur ses biens, puisque cette hypothèque n'est accordée, par les art. 2121 et 2135, aux mineurs et interdits, que sur les biens de *leurs tuteurs*. Ce n'est donc que lorsque le père est nommé *tuteur*, après la dissolution du mariage, qu'il y a, à son égard, une hypothèque légale: cette hypothèque ne peut coexister qu'avec la qualité de *tuteur*; elle ne peut se joindre au titre de simple *administrateur*.

On pourrait ajouter que s'il était vrai que l'enfant mineur eût, dans le cas dont il s'agit, pour la répétition des sommes capitales touchées par son père, une hypothèque légale, il en résulterait l'impossibilité, à l'égard des acquéreurs du père, de purger cette hypothèque; que cette purgation d'hypothèque est attachée, d'après les art. 2194 et 2195 du Code civil, ainsi que d'après l'avis du Conseil d'état, du 1er juin 1807, à la notification qui y est énoncée, faite au *subrogé tuteur*. Cette notification étant impossible dans le cas en question, il faudrait donc admettre une espèce particulière d'hypothèque qui ne serait pas susceptible d'être purgée; ce qui rendrait impuissante, sous ce rapport, une législation dont l'unique but est, non pas seulement d'obtenir, avec sûreté, des hypothèques, mais encore de les détacher des immeubles qui en sont empreints, par une voie légale de purgation, et de les convertir en action sur le prix. Or, pourrait-on dire toujours, une pareille idée ne saurait être admise.

Malgré la force de ces raisonnemens que je me suis faits à moi-même, au moins en grande partie, pour entrer plus particulièrement dans l'examen de la question, je ne puis m'empêcher d'être infiniment touché des motifs d'un arrêt de la Cour royale de Toulouse. du 23 décembre 1818 (*Denevers, an* 1819, *pag.* 29, *suppl.*), rendu dans cette espèce. Cet arrêt a admis l'hypothèque légale en faveur d'un fils mineur, sur les biens de son père, pour une somme de 3,000 fr., qui avait été donnée à ce fils par un parent, du vivant de la mère, et que le père avait reçue. Cette Cour ne s'est pas dissimulé la différence d'entre la simple *administration* et la *tutelle;* mais elle a pensé, par des raisons morales exposées dans l'arrêt, qu'on devait assimiler un cas à l'autre, et que l'on devait présumer que, dans ces deux cas, le législateur avait entendu assurer les mêmes garanties aux intérêts d'un fils mineur.

Quant au moyen qu'on avait tiré de la circonstance qu'il n'y avait pas de subrogé tuteur, et que la purgation des hypothèques, dans l'intérêt de l'acquéreur, devenait dès lors impossible, il peut se faire que le moyen sur lequel l'arrêt ne contient point de réponse, soit plus spécieux que solide. L'avis du Conseil d'état, du 1er juin 1807, qui contient la véritable interprétation des articles 2194 et 2195 du Code civil, qui en organise d'ailleurs l'exécution, suppose que le subrogé tuteur n'est pas connu de l'acquéreur; et alors il déclare que la notification prescrite est régulière, quoique faite seulement au procureur du roi. Or, de là il pourrait se tirer la conséquence que, lorsqu'il ne peut y avoir de subrogé tuteur, ainsi que cela arrive dans le cas dont il s'agit, la notification faite au procureur du roi est également suffisante. En un mot, peut-on dire, il y a, dans le cas paticulier, une véritable *tutelle* sous le nom d'*administration*, accordée au père par l'effet de la puissance parternelle. Cette tutelle existe pour la restitution des capitaux, et des revenus des biens qui auraient été donnés au fils, à condition que le père n'en aurait point l'usufruit. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

278. Après m'être expliqué sur cette

question dans les termes dans lesquels je viens de le faire, j'ai remarqué un arrêt que vient de rendre la Cour de cassation, le 21 février 1821. (*Denevers, an* 1821, *pag.* 177; *Sirey, id., pag.* 188.) Il est relatif à la même matière. Il paraîtrait être contraire à la solution que je viens de donner, et qui est conforme à la décision de la Cour royale de Toulouse; mais il est évident que l'espèce et les circonstances sont absolument différentes. Cette diversité devait amener un changement d'opinion, parce qu'elle présentait le cas d'une exception; et il résulte de l'arrêt la confirmation de l'opinion pour laquelle j'ai cru devoir me déterminer. La question sur laquelle l'arrêt de la Cour de cassation a été rendu, est neuve et importante.

Une fille s'était mariée à l'âge de quatorze ans, sous l'autorité de son père, après avoir obtenu la dispense du Gouvernement, que son âge rendait indispensable. Elle devint veuve à l'âge de quatorze ans deux mois; elle retourna à la compagnie de son père. Celui-ci, par le contrat de mariage de sa fille, lui avait constitué en dot la somme de 10,000 fr. Elle était payable dans six mois; le père ne s'en était pas libéré. Il se retint, après la viduité de sa fille, cette somme, et il toucha même pour elle d'autres sommes qu'elle avait à répéter sur la succession de son mari. Les affaires du père se dérangèrent. Il y eut séparation de biens de la part de sa femme, vente de ses immeubles et ouverture d'un ordre sur le prix.

La fille, qui avait convolé à de secondes noces, réclama, conjointement avec son second mari, pour les 10,000 fr. qui lui étaient dus, l'hypothèque légale que la loi accorde aux mineurs sur les biens de leurs tuteurs. Elle prétendait que, dès l'instant qu'elle était retournée chez son père, après la mort de son premier mari, elle avait été, de fait et de droit, replacée sous son autorité et sous sa tutelle, puisqu'alors elle n'avait point atteint l'âge requis pour son émancipation. La mère, qui avait intérêt à contester cette légalité d'hypothèque, le fit avec force.

Je ne rapporterai pas tous les moyens qui ont fait la matière d'une forte discussion, qui est rapportée avec netteté et exactitude dans le recueil de Denevers. Je me bornerai à dire que le tribunal civil de Valence avait jugé que la fille (la dame Duvernet) ayant été émancipée par son mariage, n'avait pu retomber sous la puissance et la tutelle de son père, ni acquérir une hypothèque légale sur ses biens. Mais la Cour royale de Grenoble infirma ce jugement. Les motifs principaux de son arrêt furent que la dame Duvernet, mariée en premières noces avec le sieur Aymard, n'était âgée que de quatorze ans et deux mois, lorsqu'elle devint veuve, et qu'elle retourna dans la maison paternelle; que s'il est dit dans l'art. 476 du Code civil, que le mineur est émancipé de plein droit par le mariage, il résulte de l'art. 477, que le mineur ne peut être émancipé par son père, que lorsqu'il a quinze ans révolus; que l'art. 485 dispose que l'émancipation du mineur peut être révoquée l'art. 486, que, dans le cas, de révocation, le mineur rentre en tutelle. De cette comparaison de l'émancipation par mariage, avec l'émancipation conférée par le père, par la mère, ou par le conseil de famille, la Cour de Grenoble tira la conséquence que la dame Duvernet était devenue, dès sa viduité, une véritable mineure, respectivement à son père, comme l'aurait été tout autre enfant impubère, qui aurait été sous la tutelle de son père jusqu'à son émancipation.

La Cour de Grenoble se fonda encore sur ce que, d'après quelques textes du droit romain, l'impubère émancipé restait sous la tutelle légitime ou légale de son père. Ce motif aurait donné ouverture à la question de savoir si le Code civil ne contient pas des principes opposés. Les autres motifs qu'on voit dans l'arrêt, se réduisent à des considérations. Il en faut cependant excepter un que je dois faire remarquer. Il consistait à dire que suivant les lois romaines, celui qui administre comme tuteur, est soumis aux mêmes charges et obligations que le tuteur légitime ou légal, quand même il ne l'aurait

pas été. De tous ces motifs, la Cour royale de Grenoble tira la conclusion que, d'après l'administration qu'avait eue le père de la Dame Duvernet, celle-ci devait avoir, sur les biens de son père, une hypothèque légale, indépendamment de toute inscription, pour la somme de 10,000 fr., montant de la dot promise par le père, qu'il n'avait point payée, et dont il avait joui comme administrateur, c'est-à-dire, comme tuteur.

Cet arrêt fut cassé. Transcrire l'arrêt de la Cour de cassation, c'est présenter substantiellement et brièvement les vrais principes de la matière. « Considérant qu'aux termes de l'art. 476 du Code civil, le mineur est émancipé de plein droit par le mariage; que cet article, le seul qui prononce sur l'émancipation par mariage, la confère *sans condition*, *ni terme*, *ni réserve*, et par conséquent d'une *manière absolue et irrévocable;* qu'ainsi elle est acquise au mineur qui se marie, soit qu'il ait l'âge fixé par la loi pour former cette union, *soit que, plus jeune, il la contracte avec dispense du gouvernement*, et qu'elle lui est acquise, non-seulement pendant la durée du mariage, mais même après sa dissolution, quoiqu'alors il soit encore en minorité; d'où il suit qu'en jugeant que la demoiselle de Serre (femme Duvernet) avait cessé d'être émancipée en devenant veuve, et que, par suite, elle était alors rentrée de plein droit sous la tutelle de son père, l'arrêt attaqué a violé l'art. 476 du Code civil; — Considérant que les art. 477, 485, 486, cités par l'arrêt pour établir que l'émancipation ne peut être accordée avant quinze ans, et peut être, en certains cas, révoquée, ne sont pas applicables à l'espèce, *puisqu'ils ne statuent que sur l'émancipation conférée par le père, la mère ou le conseil de famille*, et non sur celle qui s'opère plein de droit par le mariage. »

Mais un dernier motif de l'arrêt mérite une attention toute particulière. Il répond à celui de l'arrêt de la Cour royale de Grenoble, qui portait subsidiairement que celui qui avait administré, comme tuteur, les biens du mineur, quoiqu'il ne fût pas réellement nommé tuteur, était néanmoins soumis aux mêmes charges et obligations que le tuteur légitime ou légal. D'après ce motif, la Cour royale de Grenoble mettait en principe que l'hypothèque légale frappait celui qui, autrefois, était appelé *protuteur*, pour s'être immiscé dans la gestion des biens du mineur, comme le tuteur même qui aurait été nommé judiciairement. Voici comment la Cour de cassation s'explique à cet égard : « Considérant que si de Serre père a administré la fortune de sa fille, il est sans doute responsable de sa gestion; mais on ne peut pas en conclure que ses biens soient grevés, au préjudice de ses créanciers, *d'une hypothèque légale que la loi n'accorde qu'aux mineurs légalement constitués en tutelle.* » Ce dernier dispositif confirme ce que j'ai dit à ce sujet, n° 273, avant que j'eusse connaissance du nouvel arrêt de la Cour de cassation. On sent le grave inconvénient qu'il y aurait d'introduire des hypothèques légales, autres que celles qui sont admises par la loi.

On voit encore que l'arrêt confirme ce qui est dit dans le n° précédent, de la même manière, que l'exception confirme la règle. S'il n'y avait pas eu l'émancipation par mariage de la dame Duvernet, ou si cette émancipation eût pu être révoquée, il y aurait eu une hypothèque légale, comme dans l'espèce énoncée dans le n° précédent.

279. Après avoir ainsi traité la question, cet ouvrage étant terminé, et étant même soumis à l'impression, le recuil du continuateur de Denevers, *an* 1822, *pag.* 62, a fait connaître un arrêt de la Cour de cassation, du 23 décembre 1821, qui est de la plus grande importance. Cet arrêt a jugé en thèse la question de savoir si les enfans mineurs ont une hypothèque légale sur les biens de leur père, pendant son mariage, pour sûreté de l'administration de leurs biens personnels; et la Cour s'est décidée pour la négative; c'est-à-dire, que la question a été jugée différemment qu'elle ne l'avait été par l'arrêt de la Cour royale de Toulouse, du 23 décembre 1818, que j'ai cité au

n° 277, et dont j'avais paru adopter la décision, en faisant sentir néanmoins tous les doutes qui s'élevaient. J'ai cru devoir laisser subsister mon travail, avec d'autant plus de raison que j'y avais balancé les moyens qu'on pouvait opposer pour et contre.

L'arrêt de la Cour de cassation étant rendu en suite d'une délibération en la chambre du conseil, après toutes les controverses qui s'étaient élevées sur la manière d'entendre la loi, et de plus, après une discussion très forte que l'on voit dans le recueil, cet arrêt, disons-nous, rendu dans de pareilles circonstances, doit fixer les idées et faire cesser toutes les incertitudes. Ainsi, la décision de l'arrêt du 21 février 1821, que j'ai rapportée dans le n° précédent, que j'avais regardée comme une exception à la règle posée dans le n° 277, et comme étant propre à confirmer cette règle, demeurera comme ayant jugé, en thèse, la seule question qui se présentait alors, sans qu'il puisse en résulter aucune influence sur la décision de l'arrêt de la Cour de cassation, du 23 décembre 1821, relativement à la question qui en est l'objet.

Pour abréger, je ne rapporterai ni les faits qui constituaient l'espèce de l'arrêt du 23 décembre 1821, ni la discussion qui l'a préparé; on peut les voir dans le recueil. Je me bornerai à rapporter les motifs de l'arrêt, qui peuvent, d'ailleurs suppléer à la connaissance des faits et des moyens respectivement opposés. «Attendu que la création d'une hypothèque indépendante de toute inscription, est une mesure spéciale qui ne peut pas être étendue au delà des cas pour lesquels cette espèce d'hypothèque a été établie; — Que, d'après les art. 2121 et 2135 du Code civil, c'est sur les biens de leurs tuteurs, du jour de l'acceptation de la tutelle, que les mineurs ont une hypothèque existante, indépendamment de toute inscription; — Que le père qui, suivant l'art. 389 du même Code, est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs, n'est pas tuteur de ces enfans; — Que l'art. 390 porte que la tutelle n'a lieu qu'après la dissolution du mariage, et qu'alors elle appartient de plein droit au survivant des père et mère; — Que l'art. 389 veut que le père soit comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance, et, quant à la propriété seulement, des biens dont la loi lui donne l'usufruit; mais que le père n'étant pas tuteur, la loi n'a pas voulu que l'action personnelle qui dérive de cette comptabilité contre le père administrateur, et qui, sans doute, par sa confiance dans le caractère de père, lui a paru suffisante, entraînât l'hypothèque légale qui n'a lieu que sur les biens d'un tuteur; — Qu'au surplus, la loi, en créant des hypothèques légales, a établi en même temps les moyens de les purger, et que, pour cet effet, elle a prescrit dans toute tutelle la nomination d'un subrogé tuteur, auquel doivent être faites les significations ordonnées par l'art. 2194; — Que lorsque le père est administrateur, il n'y a pas de subrogé tuteur; ce qui prouve de plus en plus que la loi n'a pas voulu que l'hypothèque légale s'étendît sur les biens du père administrateur; — D'où il suit qu'en décidant que les enfans mineurs n'ont pas d'hypothèque légale sur les biens de leur père qui, durant le mariage, est administrateur de leurs biens personnels, la Cour royale de Douai, loin de violer les articles 2121 et 2135 du Code civil, s'est, au contraire, conformée à leurs dispositions; — Par ces motifs, rejette.»

280. Lorsque la mère tutrice convole à de secondes noces, il s'élève des questions très importantes sur les cas où il se forme, ou non, des hypothèques légales surtout à l'égard du second mari. Pour parvenir à des solutions justes, il faut se pénétrer principalement des dispositions des art. 395 et 396 du Code civil.

Suivant l'art. 384 du Code civil, la mère survivante doit avoir la jouissance des biens de ses enfans jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. Suivant l'art. 386,

cette jouissance cesse à l'égard de la mère, dans le cas d'un second mariage. Mais quoique la mère ait eu cette jouissance, elle a pu être nommée tutrice, parce que la tutelle est principalement donnée à la personne; que, comme tutrice, elle doit faire faire inventaire des biens du mari; et qu'enfin on a pu faire des donations aux enfans, sous condition que la mère n'aurait pas l'usufruit des biens donnés.

Dans le cas d'un second mariage, il est dit dans l'article 395, qu'avant l'acte de mariage, la mère doit convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée; qu'à défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura *indûment conservée*. L'art. 396 porte que lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour *cotuteur* le second mari, qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage.

Pour bien saisir le sens de ces deux articles, il faut d'abord déterminer les engagemens qui s'en forment contre le second mari, selon les cas indiqués, et les hypothèques légales qui peuvent en résulter.

Si la mère se trouve dans la circonstance indiquée par l'article 395, la disposition de cet article, qui lui fait perdre de plein droit la tutelle, ne peut donner lieu à aucune difficulté. Mais sur quoi porte la responsabilité solidaire avec la mère, que la loi prononce alors contre le second mari? C'est ce qui demande quelque attention. Doit-on comprendre dans cette responsabilité le résultat de la tutelle que la mère aura eue avant le mariage, ainsi que le résultat de la gestion qui suivra le second mariage? Je pense qu'on doit décider que le second mari est solidairement responsable de la tutelle antérieure, comme de la gestion postérieure.

On ne peut en douter, d'après la discussion qui eut lieu au Tribunat, sur la rédaction de cet art. 395, et dont les observations furent adressées au Conseil d'état [1]. L'art 395 avait été ainsi rédigé, lorsqu'il fut communiqué au Tribunat : « A défaut de cette convocation, elle (la mère) perdra la tutelle, de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de *l'indue gestion qui aura eu lieu depuis le nouveau mariage*. » Le Tribunat observa qu'on pourrait faire résulter de cette rédaction que le second mari serait seulement responsable de l'indue gestion qui aurait eu lieu depuis le nouveau mariage, et qu'il ne le serait pas du *défaut de gestion ;* tandis qu'il devait être dans l'esprit de la loi que le second mari fût responsable de l'un ainsi que de l'autre. Le Tribunat proposa, en conséquence, de dire : « Et son nouveau mari sera solidairement responsable avec elle depuis le nouveau mariage. » Cette observation, de quelque manière qu'elle ait pu être considérée au Conseil d'état, y donna lieu à une nouvelle rédaction de l'article 395, absolument différente de celle qui avait d'abord été communiquée au Tribunat. Il y fut dit : « Et son nouveau mari sera solidairement responsable de *toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée.* » De ces dernières expressions, il ne peut résulter autre chose, si ce n'est que le mari a été déclaré solidairement responsable, et de la gestion qui avait précédé le nouveau mariage, et de la gestion qui le suivrait. Par ces mots, *toutes les suites de la tutelle,* on doit entendre tout le résultat de la tutelle, et un résultat qui remonte à l'époque où elle a commencé. On peut fonder ce raisonnement sur la différence qu'il y a entre ces expressions et celles de l'article 396, « deviendra solidairement responsable, avec sa femme, *de la gestion postérieure au mariage.* » Il y a là une limitation à ce qui suit le mariage, qu'il est impossible de voir dans les termes de l'art. 395. D'ailleurs, cette responsabilité

[1] Voyez la Conférence du Code civil avec la discussion particulière du Conseil d'état et du Tribunal tom 3e, pag. 35 et suivantes

solidaire, pour la gestion passée comme pour la gestion à venir, a dû être une peine justement infligée au nouveau mari, à raison de sa négligence à faire nommer un tuteur, et à faire faire un nouvel inventaire; elle a dû être une suite de la présomption que le mari s'empare frauduleusement de tous les biens de la femme même de ce qui a pu provenir de la fortune des enfans mineurs; et il devait en répondre, tout cela étant ou la propriété des enfans, ou le gage de leurs répétitions.

Mais dans le cas de ce même art. 395, y a-t-il une hypothèque légale sur les biens du mari, pour la responsabilité solidaire qui y est prononcée contre lui? On sent bien que cette hypothèque existe sur les biens de la femme, après son second mariage, comme elle existait auparavant. Il est bien dit, d'abord, dans l'article, que la mère *prend la tutelle de plein droit*, mais ce n'est que la privation du titre d'honneur de tutrice, et de la confiance qui y est attachée. Elle ne peut plus agir dans les tribunaux, en qualité de tutrice, mais il reste toujours sur la tête de la mère une *tutelle*, puisqu'il est dit dans le même article, que le nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura *indûment conservée*. La tutelle, pour être *indûment conservée*, n'est pas moins une *tutelle;* et on ne concevrait pas qu'une *tutelle* qui se constitue ou se *conserve*, cessât d'avoir le caractère de l'hypothèque légale avec lequel elle a commencé.

Mais par rapport au mari, il y a plus de difficultés. On pourrait dire que la responsabilité solidaire prononcée contre lui n'a pas le caractère d'une vraie tutelle, et n'emporte pas avec elle la légalité de l'hypothèque. On pourrait rappeler à ce sujet le principe établi aux nos 273 et 279, qu'on ne doit reconnaître pour hypothèques légales que celles qui sont telles d'après la loi, et qu'on ne peut pas en créer de nouvelles. Cependant je pense qu'il résulte de la lettre et de l'esprit de l'art. 395, que les biens du mari doivent être grevés, envers les enfans du premier mariage, d'une hypothèque légale, à compter du second mariage, pour tout ce qui entrera dans la reddition du compte de la tutelle, soit pour le temps antérieur au second mariage, soit pour celui qui s'écoulera après. Le nouveau mari n'a pu être déclaré *solidairement* responsable de *toutes les suites de la tutelle*, quoiqu'indûment conservée, sans que la loi n'ait entendu lui appliquer les mêmes obligations, les mêmes engagemens qui existaient déjà contre la femme, et avec les mêmes caractères. La loi n'a pas appliqué expressément au nouveau mari la qualité de *cotuteur*, parce qu'il s'agissait d'une tutelle *indûment conservée :* c'était le cas d'un genre particulier de tutelle. Mais il n'y a pas moins eu une *tutelle* à laquelle le mari a été associé, avec le titre de *solidairement responsable*. Sans cette hypothèque légale, les enfans mineurs pourraient perdre tous leurs capitaux mobiliers et le montant de leurs revenus. Cette perte s'opérerait facilement par des obligations que le mari pourrait contracter, et quelquefois frauduleusement, envers des tiers. Le mariage du débiteur avec une veuve, l'existence des enfans du premier lit, la jouissance de leurs biens de la part de ce débiteur, sont autant d'avertissemens qui doivent engager des tiers à s'informer s'il y a eu, ou non, une nouvelle tutelle. On a toujours connu en France cette maxime : *Qui épouse la veuve, épouse la tutelle*.

D'ailleurs, ne serait-il pas contradictoire que, dans le cas de l'art. 395, le mari ayant à s'imputer de n'avoir pas fait nommer un tuteur, il n'y eût point d'hypothèque légale sur ses biens, pour la gestion postérieure au mariage, tandis que, dans le cas de l'art. 396, cette hypothèque légale existerait pour cette gestion, quoique le mari, avant son mariage, eût rempli le vœu de la loi. Il y est dit, en effet, que le nouveau mari qui sera nommé *cotuteur*, deviendra solidairement responsable avec sa femme, *de la gestion postérieure au mariage*. Enfin la loi 2, au Code *quandò mulier tut. offic.*, et la loi 6, aussi au Code *in quib. caus. pign.*, ad-

mettaient, dans le cas dont il s'agit, cette hypothèque légale sur les biens du second mari. C'est ce que Denis Godefroy explique parfaitement dans ses Notes sur ces lois. Il n'y a pas de raisons pour adopter actuellement une autre décision. L'existence de cette hypothèque légale, qui entre dans l'esprit de notre législation, est fondée sur des principes de justice et d'équité.

On sent qu'il faut dire encore un mot pour fixer le résultat de l'art. 396. Ce résultat se réduit à des termes bien simples. L'hypothèque légale qui a commencé avec la tutelle sur les biens de la femme, se continue sur ces mêmes biens après le nouveau mariage, cela est évident. Par rapport aux biens du mari, l'hypothèque légale sur ses biens personnels se forme à compter de son mariage seulement, mais avec cette grande différence, qu'elle n'a lieu solidairement avec celle de la femme, que pour la gestion postérieure au mariage; tandis que, dans le cas de l'art. 395, l'hypothèque légale, toujours avec la même solidarité, a lieu sur les biens du nouveau mari, à compter de son mariage, non seulement pour la gestion postérieure au mariage, mais encore pour la gestion antérieure, qui a concerné personnellement la femme.

Je dois remarquer que l'art. 396 semble être limité à un second mari; mais il est sensible que si la femme convolait à de troisièmes ou même de quatrièmes noces, comme il y en a des exemples, la disposition de cet article s'appliquerait à ces nouveaux maris, c'est-à-dire, que chacun d'eux serait seulement tenu de la gestion postérieure à son mariage : c'est cette seule gestion qui serait l'objet de chacune des cotutelles. Ces nouveaux maris ne seraient responsables ni de la gestion des précédens, ni de la gestion qui aurait eu lieu pendant le veuvage qui aurait précédé chacun des mariages. Cette responsabilité était cependant admise autrefois, d'après la jurisprudence de quelques tribunaux; elle était enseignée par quelques auteurs; mais cela ne saurait résulter de la loi actuelle, et on ne peut s'en écarter, s'agissant surtout de dispositions pénales. Il ne resterait que le mode d'exercice des actions, qui a lieu en faveur des créanciers des femmes contre leurs maris. Le principal est le droit de demander que ceux-ci indiquent des biens de leurs femmes, sinon qu'ils soient condamnés personnellement.

281. On peut demander si l'hypothèque légale doit avoir lieu sur les biens de celui qui, en matière d'adoptation, devient tuteur officieux, dans le cas où la tutelle officieuse ne serait pas suivie de l'adoption. Je crois qu'on doit se décider pour l'affirmative.

Il est dit dans l'art. 364 : « Cette *tutelle* ne pourra avoir lieu qu'au profit d'enfans agés de moins de quinze ans. Elle emportera avec soi, sans préjudice de toute stipulation particulière, l'obligation de nourrir le *pupille*, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie. » On lit dans l'art. 365 : « Si le pupille a quelque bien, et s'il était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens, comme *celle de sa personne*, passera au tuteur officieux, qui ne pourra néanmoins imputer les dépenses d'éducation sur *les revenus du pupille*. » Enfin, l'art. 370 porte : « Le tuteur officieux qui aurait eu l'administration de quelques biens *pupillaires*, en devra *rendre compte* dans tous les cas. » Il est impossible de ne pas voir dans ces articles tous les caractères d'une véritable tutelle. On voit dans le surplus de cette législation qu'elle est déférée par l'autorité de la justice. Les circonstances et l'objet de la tutelle officieuse amènent des désignations particulières, mais les obligations et les responsabilités communes à tous les tuteurs restent. On sent néanmoins qu'il n'y aurait pas d'hypothèque légale, pour l'indemnité qui pourrait être due à raison du refus d'adopter, d'après l'art. 369.

282. Le mineur, ainsi que l'inderdit, a l'hypothèque légale sur les biens de son tuteur, pour la gestion et pour tout ce qui peut entrer dans le reliquat du compte, même relativement à des créances qui seraient dues personnellement par le tuteur. Un arrêt de la Cour de cassation, du 12 mars 1611, *Denev.*, *même année*,

pag. 228, l'a ainsi jugé pour une somme dont un père s'était reconnu débiteur envers ses enfans mineurs, pendant la tutelle, pour leur part dans la communauté qui avait existé entre lui et leur mère. Il en serait de même pour une créance dont le tuteur aurait été débiteur envers ses mineurs, avant la tutelle. Si la créance avait été due par tout autre que le tuteur, il en aurait été responsable, et avec la garantie de l'hypothèque légale. Or, étant lui-même débiteur, ne pouvant se poursuivre lui-même, se retenant la somme, et ne pouvant le faire que parce qu'il est tuteur, et en cette qualité, il doit être placé dans la même position que s'il avait reçu la somme d'un tiers débiteur, pour le compte des mineurs.

Il est bien entendu qu'un créancier du tuteur, dont la créance serait antérieure à l'hypothèque légale des mineurs, leur serait préféré. Mais, pour que cette préférence eût lieu, il faudrait que ce créancier se fût lui-même fait inscrire avant l'époque de l'hypothèque légale. Car s'il n'y avait pas eu d'inscription auparavant, l'hypothèque légale des mineurs aurait la priorité, même quand il n'aurait pas été pris d'inscription au nom des mineurs, sous l'empire de la loi de brumaire an 7, qui prescrivait l'inscription pour les hypothèques légales. Pour que les mineurs ne pussent pas réclamer la priorité de l'hypothèque dans ce cas, il faudrait que le créancier du tuteur eût pris lui-même une inscription sur ses biens, sous l'empire de la même loi.

283. L'hypothèque légale avec affranchissement d'inscription a dû revivre, d'après l'art. 2135 du Code civil, en faveur de celui qui était mineur à l'époque de la promulgation du Code; elle a dû remonter jusqu'à la tutelle. Mais il est également certain que cette hypothèque n'a point existé en faveur de celui qui, à l'époque de la promulgation du Code civil, avait atteint sa majorité. Dès ce moment, il a été soumis, pour la conservation de sa créance contre son ancien tuteur, à la formalité de l'inscription. C'est ce qui a été jugé dans le cas même où le compte n'avait pas encore été rendu, circonstance dont on se faisait un moyen, par un arrêt de la Cour de cassation, du 14 février 1816. *Denev.*, *même année*, *pag.* 244.

La nécessité de l'inscription avait été établie contre les mineurs, par la loi de brumaire an 7. Le Code civil a fait revivre l'hypothèque légale, sans inscription; mais ce n'a été, est-il dit dans l'arrêt, qu'en faveur des individus qui étaient encore mineurs lors de la publication de ce Code, et qui n'avaient pas été atteints par les dispositions de la loi de brumaire, qui les astreignait à prendre inscription pour la conservation de leurs hypothèques. Les mêmes principes ont été suivis par un arrêt de la Cour royale de Colmar, du 22 mars 1816. *Denev.*, *an* 1817, *pag.* 34, *suppl.* Et de là il est résulté que la faveur de la légalité, avec affranchissement de l'inscription, est remontée jusqu'à la date de la naissance de l'hypothèque.

C'est par le même motif que d'autres arrêts ont jugé que la nécessité de l'inscription établie par la loi de brumaire, à l'égard des femmes mariées, n'avait été abolie par le Code civil, qu'en faveur des femmes qui étaient mariées lors de la promulgation de ce Code. Je m'en suis expliqué en traitant des hypothèques légales des femmes. On sent que ce qui vient d'être dit doit avoir lieu, et par les mêmes motifs, dans le cas de décès du mineur avant la promulgation du Code civil. La faveur accordée par l'art. 2135 n'a dû concerner que ceux qui étaient mineurs à l'époque de la promulgation de la loi : elle a été étrangère à leurs héritiers.

284. Les tutelles ne peuvent être susceptibles que d'une hypothèque légale, puisque les engagemens qui en dérivent ne peuvent être le résultat d'une convention, ni d'une condamnation judiciaire. Cette condamnation ne pourrait avoir lieu que pour la reddition du compte, et pour le paiement du reliquat. Il a donc fallu, pour la garantie des mineurs, une hypothèque légale qui remontât au commencement de la gestion, c'est-à-dire, à l'ac-

ceptation de la tutelle. Mais si une tutelle est faite hors de France, par l'autorité d'une justice étrangère, il s'élève alors la question de savoir si cette tutelle a pu imprimer sur les immeubles du tuteur, situés sur le territoire français, une hypothèque qui ne pourrait être qu'une hypothèque légale. Cette question a été agitée dans le Répertoire de jurisprudence, au mot *Hypothèque, section* 1re, § 5 *n°* 11, ainsi que pour le cas du mariage contracté en pays étranger, *n°* 12. On y voit des discussions d'après les principes anciens; elles avaient préparé différens arrêts: mais ces arrêts mêmes présentaient beaucoup de difficultés; les décisions en paraissent peu certaines. Cela vient de ce qu'on a pu croire que les actes dont il s'agissait n'avaient pas été passés dans des pays qu'on pût regarder précisément comme étrangers à la France, ou qu'au moins l'hypothèque pouvait, d'après des traités ou des lois politiques de nation à nation, être réclamée sur des immeubles situés en France.

Il me semble qu'on peut se décider d'une manière bien simple, par une distinction que j'ai déjà faite en m'expliquant sur l'hypothèque légale d'une femme dont le contrat de mariage aurait été passé en pays étranger. S'il s'agissait d'un mineur qui serait non seulement domicilié dans un pays étranger, mais qui encore serait réellement étranger, c'est-à-dire, qui n'aurait pas la qualité de Français, alors il serait sans difficulté que si le tuteur nommé avait des immeubles situés en France, et quand il serait même Français, la tutelle n'emporterait aucune hypothèque légale sur les immeubles. La raison en est que toutes les hypothèques, même les hypothèques légales, prennent leur fondement dans le droit civil. Or, ce droit n'étant établi qu'en faveur des citoyens de chaque nation, ceux qui sont d'un pays étranger à cette nation ne peuvent participer à ce droit civil.

Si, au contraire, le mineur était citoyen français, qu'il se trouvât accidentellement hors de France, et que, d'après les circonstances, la tutelle eût dû être faite en pays étranger, alors l'hypothèque aurait lieu, en faveur du mineur, sur les immeubles en France, appartenans au tuteur qui aurait été nommé, et qui serait citoyen français. La loi applique les hypothèques légales à des faits déterminés. L'hypothèque légale, en matière de tutelle, est appliquée au fait même de la tutelle. Or, ce fait existe, soit que la tutelle ait été faite en pays étranger, soit qu'il y ait été procédé en France. Il suffit que les formes et les conditions de la tutelle, relatives à chaque pays, pour sa validité, aient été observées. Cela n'est pas nécessaire pour l'hypothèque, puisque c'est la loi qui la confère; mais il faut que le fait de la tutelle devienne authenthique, et les formes seules produisent cette authenticité. Autre chose est l'authenticité, autre chose est l'hypothèque. Il y a même plus, c'est que, quand le tuteur nommé au mineur, hors de France, serait étranger, et propriétaire des immeubles situés en France, le mineur qui serait français aurait une hypothèque légale sur ces immeubles. L'hypothèque légale est une faveur accordée au mineur; il suffit donc que le mineur soit français, qu'il jouisse des droits civils français, pour qu'il puisse réclamer les effets de ces droits accordés à tout Français.

Cependant, dans ces deux cas, c'est-à-dire, soit que le tuteur soit Français, soit qu'il soit étranger, et propriétaire de biens en France, pourvu que le mineur soit Français, il serait à propos qu'une expédition en forme de la tutelle, faite en pays étranger, fût déposée, sur la diligence du subrogé tuteur, au greffe de la justice de paix où la tutelle aurait dû être faite, si le mineur eût été en France, d'après la fixation de son domicile, qui résulterait de la loi. Il serait à propos que ce dépôt fût ordonné par le tribunal de l'arrondissement de ce domicile français. J'ai déjà observé, pour le cas d'un mariage fait dans un pays étranger, entre un époux français et une femme demeurant dans ce pays étranger, destinée à revenir en France avec son mari, et qui pourrait réclamer l'effet de l'hypothèque légale

pour ses droits dotaux et matrimoniaux, qu'il était prudent qu'une expédition de l'acte, constatant les conventions du mariage, fût déposée chez un notaire du lieu du domicile du mari. On ne saurait donner trop de publicité aux hypothèques même légales, dans l'intérêt des tiers. Mais ce qui produirait encore un effet plus direct et plus certain, ce serait des inscriptions prises par le subrogé tuteur sur les biens du tuteur, soit étranger, soit Français, situés en France. Ici revient le même motif de prudence, qui, dans le cas du mariage fait en pays étranger, fait désirer des inscriptions sur les biens du mari situés en France. Elles seraient prises soit par la femme, soit par le mari lui-même.

285. Quant aux réductions qui peuvent avoir lieu pour les hypothèques légales des mineurs et des interdits, et aux formes des inscriptions à prendre sur les biens des tuteurs, je dois, pour ne pas user de répétitions, renvoyer à ce que j'en ai déjà dit. Pour la forme des inscriptions, je m'en suis expliqué au § II de la section II du chap. Ier, n° 84, et, pour le mode des réductions, au § précédent, en traitant de l'hypothèque légale des femmes, nos 267 et 270.

SECTION III.

Des hypothèques légales de l'état, des communes et des établissemens publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

SOMMAIRE.

286. *Idées générales sur cette troisième espèce d'hypothèque légale.*

287. *Quels sont les établissemens qui en jouissent? Quelles sont les personnes dont les biens en sont grevés?*

288. *Dangers de l'extension qu'on donnerait aux hypothèques légales, relativement à certains administrateurs et comptables.*

289. *Les droits du trésor public et du trésor de la couronne se divisent en priviléges et hypothèques légales.*

290. *L'inscription du receveur général d'un département sur le receveur d'un arrondissement est valable, quoique l'objet n'en soit pas été évalué par l'inscription.*

291. *La caution du comptable n'a pas contre celui-ci d'hypothèque légale.*

292. *L'hypothèque légale a-t-elle lieu contre les cautions du comptable, comme contre celui-ci?*

293. *De ce qui tient lieu de réduction ou restriction pour les hypothèques légales sur les comptables.*

286. L'HYPOTHÈQUE légale en faveur de l'état, des communes et des établissemens publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables, est établie par l'art. 2121. Elle est la troisième espèce des hypothèques légales proprement dites, ainsi que je l'ai déjà remarqué. Cette hypothèque est légale, en ce sens qu'elle est générale, c'est-à-dire, qu'elle porte sur tous les biens présens et à venir, qu'elle existe sans stipulation et sans jugement. Cependant les formes des inscriptions ne sont pas les mêmes. Mais ce qui établit une grande différence entre cette hypothèque et celle des femmes, des mineurs et des interdits, c'est que ces dernières hypothèques sont affranchies de l'inscription, au moins en ce qui concerne les femmes, pour leur dot et pour les conventions matrimoniales, au lieu que la troisième espèce, dont il s'agit, est soumise à la formalité de l'inscription, et ne prend rang que du jour de cette inscription. Cela résultait déjà de l'art. 2098 du Code, où il est dit que le trésor public ne peut obtenir de privilége *au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers*. Mais le principe de la nécessité de l'inscription est plus particulièrement consigné dans l'art. 2134. Il n'admet d'autre rang, pour toutes les hypothèques, que celui qui est fixé par l'inscription. L'art.

2135 établit des exceptions à cette règle : mais ces exceptions sont restreintes à des hypothèques autres que celles de l'état, des communes et des établissemens publics ; en sorte que celles-ci sont hors de ces exceptions, et rentrent dans la règle générale de la publicité de l'hypothèque. On en voit les motifs dans la discussion du Conseil d'état, sur l'art. 2135. *Confér. du Code civil*, *tom.* 7, *pag.* 176. C'est « qu'il est facile au trésor public de conserver ses droits par des inscriptions que forment les agens qu'il a sur tous les points de la France ; que les pertes, en supposant qu'il y en ait, ne seront que légères : toujours seront-elles un mal moins fâcheux que la haine dont on entoure le trésor public, si, par des priviléges exorbitans et qui pèsent sur tous les citoyens, on le soustrait à l'ordre commun de la législation. » On peut ajouter qu'un aussi grand nombre d'hypothèques légales qui eussent été affranchies de l'inscription, aurait, pour ainsi dire, mis en contradiction avec elle-même une législation qui avait pour base fondamentale la publicité des hypothèques.

287. Pour déterminer quels sont les établissemens qui jouissent de cette hypothèque, et quelles sont les personnes qui en sont grevées, écoutons ce que dit M. Tarrible, dans son article du Répertoire de jurisprudence, au mot *Hypothèque*, *sect.* 2, § 3, *art.* 4. Il serait difficile de s'expliquer avec plus de justesse et de précision. « Il y a, dit-il, dans l'administration générale, des fonctionnaires qui manient réellement les deniers publics ; il y en a d'autres qui dirigent seulement la recette et l'emploi de ces mêmes deniers, sans les manier eux-mêmes. Les premiers sont seuls comptables et soumis à l'hypothèque légale ; les seconds ne sont pas assujettis à cette charge.

« La distinction que nous avons faite est appuyée sur la vraie signification du mot *comptable*, et sur l'autorité de la loi. Ferrières, dans son Dictionnaire de droit et de pratique, désigne sous le nom de comptables, financiers ou agens d'affaires, ceux qui manient ou qui ont manié les deniers publics ou ceux du roi. La loi du 16 septembre 1807, concernant l'organisation de la Cour des comptes, confirme cette distinction d'une manière encore plus précise.

« L'art. 11, relatif à la compétence, porte que la Cour sera chargée du jugement des comptes des recettes du trésor, des receveurs généraux de départemens, et des régies et administrations des contributions indirectes, des dépenses du trésor, des payeurs généraux, des payeurs d'armée, des divisions militaires, des arrondissemens maritimes et des départemens, des recettes et des dépenses des fonds et revenus spécialement affectés aux dépenses des départemens, et des communes dont les budgets sont arrêtés par le chef du gouvernement.

« L'art. 18 de la même loi déclare que la Cour ne pourra, en aucun cas, s'attribuer de juridiction sur les ordonnateurs, ni refuser aux payeurs l'allocation des paiemens par eux faits sur des ordonnances revêtues des formalités prescrites, et accompagnées des acquits des parties prenantes et des pièces que l'ordonnateur aura prescrit d'y joindre.

« Le vrai comptable est donc celui qui, soit en recevant les deniers publics, soit en en faisant l'emploi, manie réellement des deniers publics, et qui est, comme tel, soumis à la juridiction du tribunal établi pour le jugement des comptes.

« Celui qui dirige les recettes ou l'emploi est appelé ordonnateur ; celui-là n'est nullement comptable, et la Cour des comptes ne peut s'attribuer sur lui aucune juridiction : ses opérations peuvent donner lieu à une censure ; mais cette censure, ainsi que les prévarications qui la déterminent, sont étrangères aux formes et aux règles de comptabilité proprement dite.

« Lors donc que la loi soumet à l'hypothèque légale les biens des receveurs et administrateurs comptables, elle n'entend comprendre, sous cette dénomination, que les seules personnes qui manient les deniers publics, soit en les recevant, soit en les employant.

« La même disposition comprend aussi littéralement ceux qui manient les deniers des communes et des établissemens publics : mais elle s'arrête là, et nous ne devons pas l'étendre plus loin. »

Ce qui vient à l'appui de la classification faite par M. Tarrible, d'après l'art. 11 de la loi du 16 septembre 1807, c'est la disposition de l'art. 7 de la loi du 5 du même mois de la même année, relative aux droits du trésor public sur les biens des comptables. Il y est dit que tous receveurs généraux de département, tous receveurs particuliers d'arrondissement, tous payeurs généraux et divisionnaires, ainsi que les payeurs de département, des postes et des armées, seront tenus d'énoncer leurs titres et qualités dans les actes de vente, d'acquisition, de partage, d'échange, et autres actes translatifs de propriété qu'ils passeront, et ce à peine de destitution, etc. Les articles suivans imposent aux receveurs d'enregistrement et aux conservateurs le devoir de prendre des inscriptions au nom du trésor public, sur tous ces fonctionnaires. Mais je dois remarquer que, d'après une décision du ministre des finances, du 21 mars 1809, les receveurs d'enregistrement ne doivent pas, en vertu de la loi du 5 septembre, requérir des inscriptions hypothécaires sur les biens des percepteurs à vie des contributions; c'est-à-dire, sur les percepteurs des villes et des communes rurales. Ils doivent seulement en requérir sur ceux que la loi, art. 7, entend sous la dénomination générale de comptables, qui sont les receveurs généraux, etc. Voyez Sirey, *an* 1809, 2e *partie, pag.* 302.

Mais il y a d'autres receveurs et administrateurs comptables, dont les biens sont frappés d'hypothèque légale, même d'après l'art. 2121 du Code. Ce sont les receveurs et administrateurs comptables des communes et des établissemens publics. On doit placer dans la même catégorie que les fonctionnaires publics dont il vient d'être parlé, les autres receveurs et administrateurs comptables, dont les comptes peuvent ne pas être jugés et apurés par la Cour des comptes, mais bien par d'autres autorités auxquelles ils sont subordonnés, tels que les conseils généraux des communes, ou toutes autres autorités déléguées par le gouvernement pour la réception et apurement des comptes. La ligne de démarcation ne pouvait être tracée par la loi entre ceux de ces administrateurs qui seraient soumis à l'hypothèque légale, et ceux qui ne le seraient pas. Mais les instructions ministérielles aplanissent les difficultés auprès des gens du gouvernement. Il est impossible, dans un traité, d'embrasser ces détails; on ne peut s'en tenir qu'aux principes généraux.

Or, sous ce rapport, je crois pouvoir dire que l'hypothèque légale frappe tous ceux qui ont reçu de l'autorité publique le titre de receveur et administrateur des deniers et revenus appartenans aux communes, et de ceux qui appartiennent aux établissemens publics. Ces établissemens sont les maisons d'instruction publique, et même celles d'éducation publique qui seraient sous la surveillance médiate ou immédiate du gouvernement; les maisons de bienfaisance, les hôpitaux ou hospices. La qualité de receveur ou administrateur comptable, soumise à l'hypothèque légale, ne se règle pas par la nature des autorités chargées de recevoir et liquider les comptes; elle tient à la nature des fonctions. Il suffit que ces fonctions aient le caractère d'une recette et d'une administration de deniers publics, émanant de l'autorité publique. Les mots réunis *de receveur* et *d'administrateur* font supposer deux choses, une simple recette, et ensuite l'emploi, par le même individu, des deniers qui auraient fait l'objet de la recette. Mais quand il n'y aurait que le titre de *receveur*, sans charge d'administrer, ce serait également le cas d'appliquer l'art. 2121 du Code. Il suffit qu'il y ait le titre de *receveur comptable*. Tout ce qui concerne les *deniers publics* est sous la surveillance du gouvernement de l'état. Cette surveillance s'exerce au nom du roi, abstraction faite des moyens directs ou indirects par lesquels les fonds arrivent dans les coffres publics.

288. L'objet important est de ne pas

sortir du cercle dans lequel la loi à circonscrit les hypothèques légales. Ce serait la violer d'une manière qui tirerait à une grande conséquence, que d'en créer qu'elle n'aurait pas reconnues. Ainsi il n'y a d'hypothèque légale, ni à l'égard des fermiers des biens des communes, des hospices et des autres établissemens publics, ni en ce qui concerne les fournisseurs et tous autres particuliers qui contractent des engagemens envers les receveurs et administrateurs comptables. Il n'y a encore rien de plus juste que ce que dit M. Tarrible.

« Il y a plusieurs autres personnes qui sont réellement comptables, en preuant ce mot dans son acception générique. Tels sont les séquestres, les gardiens, les héritiers sous bénéfice d'inventaire, les curateurs à une succession vacante, les syndics d'une faillite et les administrateurs de ce genre : tous ceux-là manient des deniers d'autrui, et doivent un compte de leur recette et de leur emploi; mais aucune loi n'ayant soumis leurs biens à l'hypothèque légale envers les personnes auxquelles le compte doit être rendu, celles-ci ne peuvent la réclamer, et elles doivent chercber leur sûreté dans les moyens généraux qui sout ouverts à tous les créanciers. »

L'hypothèque légale dont il s'agit était admise sous l'ancienne législation. M. Malleville en fait l'observation, avec raison, sur l'article 2121, *Analyse de la discussion du Code*. Mais elle ne l'a jamais été à l'égard des fermiers. Quelques Coutumes, telles que celle d'Oudenarde art. 12, l'avaient établie contr'eux; mais leur disposition a cessé d'avoir force de loi depuis le Code civil, et même depuis la loi de brumaire, aux dispositions de laquelle le Code civil est conforme à cet égard. La question s'est cependant élevée sous l'empire de la loi de brumaire, à l'occasion d'un bail de ferme de plusieurs immeubles fait aux enchères par l'administration de l'hospice civil de Grenobles, le 19 vendémaire an 10. Il n'y avait pas eu de stipulation d'hypothèque. Cette administration prit une inscription le 4 mars 1807. Sur une contestation à l'ordre elle fut attaquée. Je ne rapporterai que le moyen essentiel par lequel l'administration soutenait la validité de son inscription. Ce moyen était fondé sur ce que la créance dont il s'agissait devait jouir de la faveur de l'hypothèque légale, ainsi que cela, disait-elle, était fondé d'après les lois anciennes. Mais cette prétention fut repoussée par un arrêt de la Cour de cassation, du 3 juillet 1817, que j'ai cité ailleurs, relativement à une autre question qu'il a encore jugée. *Denev., an* 1818, *pag.* 411. Il est bon d'en rappeler le motif, parce qu'il confirme tout ce que j'ai déjà dit dans la présente section, et dans la précédente, sur le danger qu'il y aurait à donner de l'extension aux hypothèques légales. « Attendu que cette hypothèque (légale) n'a existé que contre les *administrateurs gérans et autres comptables, et non contre les fermiers et autres débiteurs de cette espèce*; que la loi de brumaire an 7, sous laquelle les baux se sont passés, montre d'ailleurs, par son article 21, qu'elle n'a point reconnu que les hospices et autres établissemens publics eussent une pareille hypothèque contre leurs débiteurs *fermiers*; que, par conséquent, l'inscription faite ne peut, sous ce rapport, avoir d'effet. »

289. Les droits du trésor public se divisent en priviléges et en hypothèques légales. Il peut avoir des hypothèques simples à exercer pour ses propres droits, dans certains cas, ou comme subrogé aux droits de créanciers ordinaires; et on sent qu'à cet égard il est soumis au droit commun. Cette division en priviléges et en hypothèques légales est dans la loi du 5 septembre 1807, relative aux droits du trésor public. Cette loi a été déclarée commune, ainsi que les art. 2098 et 2121 du Code civil, au trésor de la couronne, par un avis du Conseil d'état, du 25 février 1808. On voit encore des priviléges particuliers établis au profit du trésor public, par une autre loi du même jour 5 septembre 1807, concernant le mode de recouvrement des frais de justice en matière criminelle. Il semblerait que je

devrais m'expliquer ici sur les hypothèques légales énoncées dans la première loi et dans l'avis du Conseil d'état; mais attendu la connexité qu'il y a entre ces hypothèques et les priviléges, je m'en occuperai en traitant des *priviléges*. Voyez IIe partie, chap. Ier, sect. III, § V.

290. Je dois cependant dire ici que lorsqu'il s'agit d'une inscription prise pour une hypothèque légale, elle est valable, quoique la créance, lorsqu'elle est indéterminée, n'ait pas été évaluée par l'inscription. Tel est le résultat de l'article 2153 du Code civil, qui prescrit des formes particulières pour les hypothèques légales, lesquelles dérogent, en certaines parties, aux formes établies pour l'inscription des hypothèques ordinaires. Il est dit dans la troisième partie de cet article, que les bordereaux d'inscription contiendront seulement la nature des droits à conserver, et le montant de leur valeur, quant aux *objets déterminés*, sans être tenu de le fixer, quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou *indéterminés*. En m'expliquant, au n° 84, sur les formes des inscriptions en général, j'ai rappelé les motifs qui, dans le cas des hypothèques légales, avaient fait dispenser de la rigueur des formalités générales.

En me renfermant dans ce qui concerne l'application de cet art. 2153, je remarquerai que la créance qui fait l'objet de l'inscription doit être évaluée, toutes les fois que le montant peut en être déterminé, et que c'est seulement dans les cas où cette détermination serait impossible, que l'évaluation de la créance n'est point nécessaire dans l'inscription. On sent qu'il était juste de distinguer entre un particulier qui est personnellement créancier, et ceux qui, à raison de fonctions qui leur sont confiées, ou de charges que la loi leur impose, sont obligés de prendre les inscriptions dans les cas énoncés dans l'art. 2153. Lorsqu'il s'agit de celui à qui il est dû une créance personnellement, l'évaluation est de rigueur, parce que ce créancier a par-devers lui tous les documens nécessaires pour faire connaître aux tiers intéressés l'objet de l'inscription. Mais lorsqu'il est question de fonctionnaires publics chargés, en cette qualité, de prendre une inscription, ces fonctionnaires pourraient avoir besoin de renseignemens pour connaître le montant de la créance en capital et accessoires. S'ils ne pouvaient s'inscrire avant qu'ils se les fussent procurés, il pourrait arriver qu'avant ce moment, il y eût des ventes ou des engagemens contractés par le débiteur, et que la créance fût perdue. La rédaction de l'article 21 de la loi de brumaire, relatif aux hypothèques légales, de la nature de celles dont s'agit, était plus simple, et il eût été à désirer qu'on l'eût suivie dans l'art. 2153 du Code civil. Il était dit dans cet art. 21 : « . . . 3° La nature du droit qu'il s'agit de conserver, à l'époque où il a pris naissance, *sans être tenu d'en déterminer le montant.* » L'article 2153 du Code civil doit être considéré comme ayant été conçu dans les même esprit.

Un arrêt de la Cour royale d'Agent, du 29 juin 1809, rapporté par Sirey, *tome* 10, 2e *partie*, *pag.* 309, est remarquable à ce sujet. Il avait été pris une inscription sur les biens d'un receveur particulier d'arrondissement, au profit du sieur Mas, receveur général du département du Gers. Il était dit que c'était pour sûreté d'une créance *indéterminée*, due pour le recouvrement des contributions du premier arrondissement du département du Gers, et résultante dudit recouvrement. Les créanciers du receveur particulier qui fut exproprié, attaquèrent la validité de l'inscription, sur le fondement qu'elle ne renfermait pas l'évaluation de la créance; qu'il résulte de l'esprit de l'article 2153, que si, dans les cas énoncés dans cet article, on peut prendre inscription pour une créance indéterminée, ce n'est que lorsqu'il est impossible d'en fixer le montant au moment de l'inscription; mais que le receveur général ne se trouvait pas dans un cas pareil, puisque, connaissant les sommes qui étaient dues, et les paiemens qui avaient été faits, il pouvait fixer, au moins approximative-

ment, ce qui était encore dû par le receveur particulier. Mais l'inscription fut déclarée valable. Il entre, à cet égard, dans l'esprit de la loi, que, dans les cas dont il s'agit, on ne soit pas difficile sur le défaut de fixation de la créance. Il est juste que les tiers qui connaissent l'inscription, prennent eux-mêmes, avant de contracter avec un débiteur, les renseignemens propres à leur faire connaître les risques qu'ils peuvent courir.

Les créanciers contestaient encore la validité de l'inscription sur un autre moyen : ils le faisaient résulter de la manière dont le receveur général avait figuré dans l'inscription; ils disaient qu'il paraissait l'avoir prise à son profit, plutôt qu'au nom du gouvernement et comme son mandataire; que dès lors l'inscription ne faisait pas connaître le nom du véritable créancier. Mais ce moyen fut rejeté par l'arrêt, et avec raison, parce que la qualité en laquelle le sieur Mas avait pris l'inscription, et la nature de la créance, indiquaient qu'elle n'avait pu être prise que pour le gouvernement; en sorte que le créancier était suffisamment connu. Je rappellerai ce que j'ai dit ailleurs, qu'il est toujours à propos que les inscriptions soient prises au nom de l'établissement qui est créancier, *poursuites et diligences des agens* qui sont mandataires de l'état ou des établissemens.

291. Mais celui qui s'est rendu caution pour le comptable, envers le gouvernement ou envers un établissement public, n'a pas, contre le comptable qu'il a cautionné, la même hypothèque légale à laquelle celui-ci est soumis envers le gouvernement ou l'établissement public. Aucune loi n'admet cette hypothèque en faveur de la caution contre le cautionné; et, comme on ne saurait trop le dire, les hypothèques légales ne peuvent être multipliées contre le vœu de la loi. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 5 septembre 1808. *Dener.*, *an* 1808, *pag.* 375. Le motif de l'arrêt est simple, mais décisif : « Parce qu'il ne s'agissait pas d'une inscription prise pour le gouvernement contre un comptable de deniers publics, ou contre sa caution, mais bien d'une hypothèque au *profit de la caution contre le cautionné.* « Ainsi la caution doit se procurer, à l'égard de celui qu'elle cautionne, une hypothèque spéciale, et son inscription doit être prise avec toutes les formes prescrites par la loi, relativement à cette hypothèque. On sent la différence immense qu'il y a, quant aux effets, entre cette hypothèque légale. Celle-ci est générale; elle porte sur tous les biens présens et à venir, et les formes de l'inscription sont moins rigoureuses. La caution qui n'aurait pas pris la précaution de se faire consentir une obligation avec une affectation spéciale, n'aurait que la ressource qui résulte de l'art. 1251 du Code civil, n° 3, et dans le cas seulement où elle paierait la créance; elle serait alors subrogée de plein droit à tous les effets et priviléges du créancier; et si une inscription devenait nécessaire en son nom, elle devrait la prendre tant en vertu du titre constitutif de la créance, qu'en vertu de l'acte qui constaterait le paiement qu'elle aurait fait.

292. Mais on pourrait, élever la question de savoir si l'hypothèque légale établie contre les comptables a lieu aussi contre les cautions des mêmes comptables. Ce qui aurait pu faire naître quelque difficulté à ce sujet, c'est ce qu'on voit dans le motif de l'arrêt que je viens de citer. Il y est dit qu'il ne s'agissait pas d'une inscription prise par le gouvernement contre un comptable des deniers publics, *ou contre sa caution*, etc. Ces dernières expressions feraient supposer que l'hypothèque légale aurait eu lieu contre la caution, tandis qu'elle ne devait pas avoir lieu en faveur de la caution, contre le cautionné.

Cependant il est hors de doute que l'hypothèque légale n'a point lieu contre la caution. Ce qui a amené, dans l'arrêt, les expresions que je viens de rapporter, c'est qu'il a été rendu dans une affaire qui avait pris naissance sous l'empire de la loi de brumaire an 7. Or, l'art. 21 de cette loi contenait des expressions toutes particulières. Il y était dit : « Tout droit

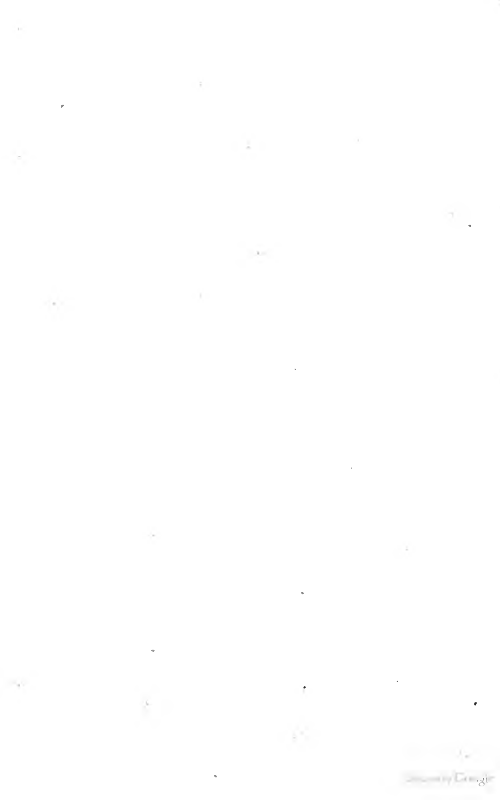
d'hypothèque légale ou *conventionnelle*, 1° au profit de la nation sur les comptables de deniers publics, pour raison de leur gestion; et sur leur caution, *à l'égard des biens servant de cautionnement.* » Venaient ensuite les hypothèques légales des mineurs et interdits, et celles des époux. Cet article modifiait, à l'égard de ces inscriptions, les formes établies par l'article 17 pour celles qui sont relatives aux hypothèques en général. Que résultait-il de cet article, respectivement aux cautions des comptables de deniers publics? Ce n'était pas une hypothèque légale. Ce qui suffit pour en convaincre, c'est la restriction qui résulte de ces termes : *Et sur leur caution, à l'égard des biens servant de cautionnement.* Une hypothèque qui porte seulement sur des immeubles nécessairement determinés, ne saurait être une hypothèque légale qui, de sa nature, porte sur les biens présens et à venir. Aussi il faut croire que c'est parce que cet art. 21 avait trait, en ce qui concerne les cautions, à une hypothèque qui ne pouvait être que conventionnelle, qu'il y est dit en commençant : *Tout droit d'hypothèque légale* ou CONVENTIONNELLE. Il fallait entendre ces mots d'une manière distributive. Les mots *ou conventionnelle* se rapportent seulement à l'hypothèque sur les cautions. Les mots *hypothèque légale* se rapportaient aux autres hypothèques dont il y est parlé. Il restait néanmoins dans l'article quelques dispositions concernant les cautions; mais ces dispositions n'étaient relatives qu'aux formes des inscriptions.

Ainsi, d'après cette loi même, il n'y avait point d'hypothèque légale en faveur du gouvernement. Cette hypothèque n'existe pas plus actuellement contre les cautions, puisqu'elle n'est admise par aucune loi nouvelle. Mais il n'y a encore aucune loi nouvelle qui établisse un changement de formes dans l'inscription, à l'égard des cautions des comptables, respectivement aux formes établies pour les inscriptions en général. On doit donc regarder l'hypothèque qui résulterait des engagemens des cautions, comme une hypothèque purement spéciale, soumise aux formalités des inscriptions établies par le Code civil, pour cette sorte d'hypothèques.

293. Jusqu'à présent, après avoir traité chaque espèce d'hypothèques, j'ai exposé les principes relatifs à la réduction ou restriction de chacune d'elles. Je dois donc dire un mot sur ce qui concerne, à cet égard, les hypothèques légales contre les comptables.

Il y a trop de différence entre ces hypothèques et les autres hypothèques légales, pour que les principes soient les mêmes. L'exercice des droits du trésor public est confié aux agens du gouvernement. Cet exercice est organisé par des lois particulières, et par des règlemens, et notamment par la loi du 5 septembre 1807, déclarée commune au trésor de la couronne. Toute cette partie est du ressort de l'autorité administrative, ainsi que cela devait être. Le pouvoir judiciaire n'a de compétence que relativement à l'exécution sur les biens; c'est-à-dire, pour les actes de contrainte et de poursuites. L'administration étend ou resserre les privilèges et les hypothèques légales, selon que l'exige la position des comptables. Ceux-ci obtiennent, quand il y a lieu, la réduction ou même la radiation des inscriptions prises au nom du trésor public par ses agens. Les règles à suivre, à cet égard, sont principalement tracées dans les art. 7, 8 et 9 de la loi du 5 septembre 1807, relative aux droits du trésor. La seconde loi relative au mode de recouvrement des frais de poursuites, en matière criminelle, se borne à établir des privilèges dont je parlerai dans le chap. IV.

FIN DU TOME PREMIER.



TABLE

DES CHAPITRES ET SECTIONS

DU PREMIER VOLUME.

FIN DE LA TABLE DES CHAPITRES ET SECTIONS DU PREMIER VOLUME.





